Volumen VIII, Núm. 2
Octubre 2021
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



USFQ LAW REVIEW





USFQ LAW REVIEW

Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021



USFQ LAW REVIEW
ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview
http://lawreview.usfq.edu.ec
Quito, Ecuador

Volumen VIII, Número 2, octubre 2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i1

EQUIPO EDITORIAL

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Octavio Peláez
Diseño general y de cubierta: Ricardo Vásquez
Webmaster: Jaime Páez



USFQ PRESS / *USFQ Law Review*
Att. Manuela Cárdenas Cifuentes y Paola Gaibor Arteaga, Editoras en Jefe
Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Presentación de la Revista

USFQ Law Review es una revista jurídica, académica, arbitrada e indexada, de publicación anual.

Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil. Desde entonces, es la primera publicación jurídica periódica en Ecuador íntegramente desarrollada, administrada y editada por estudiantes de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), Ecuador.

Su objetivo es brindar un espacio para que expertos en diversas áreas del Derecho, como estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen distintas perspectivas y opiniones críticas, sobre temas jurídicos de actual relevancia. Además, busca ser una fuente de investigación por su contenido de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y en toda la región, respondiendo a las necesidades de la comunidad jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. La revista se publica en septiembre de cada año, en versión impresa y versión electrónica. A la fecha se han publicado siete volúmenes en ocho números.

Actualmente, USFQ Law Review forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Crossref; ROAD; MIAR; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, estamos asociados a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; y, Declaración de México.

Una de nuestras prioridades es brindar libre acceso a nuestros contenidos y dar el mayor alcance a los productos científicos de los autores que han depositado su confianza en nuestra revista. Por esta razón, mantenemos una política de apertura autoral, todos nuestros contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (*Open Access*) y están publicados bajo la política de acceso libre de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Estos contenidos se encuentran disponibles en diversidad de medios digitales y físicos. En cuanto a los digitales, se accede a ellos mediante: Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Respecto al acceso físico, anualmente se imprimen y difunden a nivel nacional e internacional 400 ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas y privadas.

La revista recibe asistencia técnica de la institución editora, la Universidad San Francisco de Quito, a través de su departamento editorial USFQ Press. Adicionalmente, se financia mediante el apoyo de patrocinadores, quienes contribuyen activa y continuamente. Finalmente, cuenta con el respaldo público de alianzas institucionales.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, invitamos a visitar nuestro sitio web oficial, redes académicas, profesionales y sociales; y, a contactarnos mediante nuestro correo electrónico.

Sitio web: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview

Equipo Editorial
USFQ Law Review
Universidad San Francisco de Quito

Presentación del Volumen

Es un agrado para el Comité Editorial de *USFQ Law Review* poner a disposición de nuestros lectores el Segundo Número del VIII Volumen de la revista. Como parte de la evolución de la revisita, esta es la primera vez, desde hace siete años, que se publican dos números de un mismo volumen. Lo dicho, cumpliendo con la promesa de ser -y continuar siendo- una fuente de consulta académica a nivel nacional.

En esta oportunidad el número se articula de ocho artículos, los cuales enriquecen la investigación jurídica del ordenamiento jurídico, tanto nacional, como internacional. Los trabajos plantean diversos puntos de vista y opiniones críticas de problemas que se suscitan en la actualidad, cuya resolución implica un aporte, no solo académico, sino práctico, para el desarrollo de las distintas ramas del Derecho.

Matthías Villavicencio Gomezjurado nos propone un estudio sobre el uso de los títulos valor como garantía de una obligación de naturaleza contractual. Stalin Javier Lucas Baque y José Jesús Albert Márquez efectúan un análisis del derecho de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en la actividad notarial, desde la perspectiva de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por otra parte, Juan Andrés Trujillo Cárdenas expone un estudio cualitativo del desarrollo normativo de cada principio y de los convenios internacionales que Ecuador ha suscrito en materia ambiental.

En materia de arbitraje, existen dos importantes estudios a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Diego Mateo Guerra Romero analiza la posibilidad de renunciar a la acción de nulidad del laudo arbitral y, a continuación, Daniel Fernando Ibarra examina las consecuencias de la ausencia de regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje comercial.

María Emilia Torres Montenegro presenta un análisis de la exclusión del requisito de representación gráfica en el régimen marcario de la Comunidad Andina de Naciones, a efecto de esclarecer el efecto útil y la importancia del mismo. Por su parte, Sergio Núñez Dávila se enfoca en proponer la inclusión del divorcio incausado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para dotar del elemento de libertad al régimen matrimonial. Por último, Juan Francisco Guerrero del Pozo y María Victoria Yépez Idrovo analizan los límites constitucionales de la consulta popular prevista en la Constitución, a efecto de cuestionar su eficacia para hacer realidad la participación ciudadana.

Para el Comité Editorial es un honor contar con trabajos de articulistas comprometidos a aportar con el desarrollo de la academia en el Ecuador. Por ello, extendemos nuestro más sincero agradecimiento a todos los profesionales del derecho, así como a los estudiantes, que hacen posible la publicación de este Segundo Número de *USFQ Law Review.*

De allí que, no podemos olvidarnos de la labor y dedicación del Equipo Editorial, quienes han llevado a cabo las fases del proceso editorial con la prolijidad requerida. Es gracias a estos dedicados estudiantes que, a partir de hoy, la comunidad académica tiene el agrado de conocer diversas perspectivas sobre una serie de problemas jurídicos de actualidad, cuya resolución proponen nuestros articulistas.

Una vez más, reiteramos nuestro agradecimiento a los auspiciantes de este volumen, instituciones comprometidas con el desarrollo de la investigación jurídica en el país. Por último, es de gran importancia hacer mención a la implacable labor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco; a sus autoridades, profesores y alumnos, quienes día a día se enfocan en fomentar la generación de espacios de discusión jurídica.

A nombre del Equipo Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review* y esperamos que el presente, correspondiente al Segundo Número del año 2021, sea de su agrado.

Quito, octubre 2021

Manuela Cárdenas Cifuentes
Editora en Jefe

Paola Gaibor Arteaga
Editora en Jefe

Índice

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



¿Se puede garantizar un contrato a través de un título valor?

Can a security guarantee a contract?

Matthías Villavicencio Gomezjurado*

Recibido / Received: 15/01/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2163

Citación:
Villavicencio Gomezjurado, M. «¿Se puede garantizar un contrato a través de un título valor?». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 1-13, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2163.

* Abogado asociado en el área de Litigios y Arbitraje en Robalino Abogados, Quito 170525, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: matthiasvillavicencio@gmail.com; ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8807-5290

Resumen

En la práctica comercial es común utilizar títulos valor –principalmente pagarés y letras de cambio– como garantías de una obligación contractual distinta. Un gran sector de la jurisprudencia nacional, empero, considera que al momento de girar un título valor como garantía, se pierde su mérito ejecutivo. Esta postura encuentra fundamento en el artículo 113 del Código de Comercio, que establece que los títulos valor contienen una promesa incondicional. A breves rasgos, por promesa incondicional se entiende que la exigibilidad del título no puede sujetarse a una condición. Justamente esta característica se ve comprometida si al momento de girar el título se condiciona su exigibilidad a que el deudor incumpla otro contrato. Los partidarios de esta postura son rígidos y no permiten esta práctica bajo ningún supuesto. Sin embargo, el uso de títulos valor como garantías es una modalidad tan arraigada en la costumbre comercial que vale la pena dedicar este ensayo al estudio de su factibilidad jurídica, indagar sus implicaciones y revisar los posibles escenarios en los cuales se pueda utilizar esta útil herramienta sin comprometer su carácter incondicional.

Palabras clave

Títulos valor; pagarés; letras de cambio; garantía; promesa incondiciona

Abstract

It is a common commercial practice to use securities – mainly promissory notes and bills of exchange – as guarantees of a different contractual obligation. A large section of Ecuadorian precedents considers that because of this practice, the security loses its validity. This position is based on Article 113 of the Ecuadorean Commercial Code, which states that securities incorporate an unconditional promise. In short, unconditional promise means that the enforceability of the security cannot be subject to a condition. This condition is compromised if at the time of issuing the security, its enforceability depends on the debtor breaching the original contract. Supporters of this position are vigorous and do not allow this practice under any circumstances. However, this modality is so ingrained in the commercial practice that it is worth dedicating this essay to the study of its legal feasibility, research its implications and inquire possible scenarios in which this helpful tool can be used without compromising the unconditional component of the security.

Keywords

Securities; promissory notes; bills of exchange; warranty; unconditional promise

1. Introducción al problema y estado actual de la controversia

Los títulos valor son herramientas que permiten una tutela ágil y rápida de un derecho crediticio. Por este motivo, en el ámbito de una relación contractual es frecuente que el acreedor opte por garantizar un crédito a través de un título valor[1] sobre otras figuras contractuales (como la prenda o el garante). Sin embargo, cuando se llega a la vía ejecutiva, la realidad puede ser adversa para el acreedor, puesto que muchos jueces restan mérito ejecutivo a un título si se descubre que se trata de una garantía.

Ciertamente, de un análisis a los juicios ejecutivos se observa que el giro en garantía es una excepción común alegada por los deudores demandados. No obstante, las resoluciones jurisprudenciales no son unánimes; así como han aceptado, han negado la ejecución de garantías contenidas en los títulos valor.

Por una parte, la jurisprudencia mayoritaria tiende a fallar en contra del uso de títulos valor como garantías. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia No. 282 de 1996, resolvió que "para que proceda la acción cambiaria, ha de incorporar una obligación clara, pura y líquida, y que al girar una letra por causa de garantía se está incorporando una obligación condicional, por lo que no podrá prosperar la acción cambiaria por la vía ejecutiva".[2] En otra ocasión, la misma Corte consideró:

> Si la letra en cuestión fue girada en garantía, tenemos que no se trata de una orden incondicional de pagar una cantidad determinada, no vale como letra de cambio, al tenor del artículo 411 [actualmente 113 del Código de Comercio]. **Utilizar un formulario de letra de cambio para otorgar una garantía, es desnaturalizarlo**, dejándolo sin valor (énfasis añadido).[3]

Se aprecia que es normal que las salas civiles se opongan a la ejecución de este tipo de títulos.[4] En la causa 17230-2019-01576, la corte fundamentó su archivo de la demanda de la siguiente forma:

> Examinado el documento que consta a fojas 1, se advierte que ha sido suscrito en la misma fecha en la que se firmó el Convenio de Incentivo y Entrega de Fondos [contrato principal], con el fin de garantizar el dinero entregado al hoy demandado, lo que impide calificar al documento como pagaré a la orden, esto es que no

1 Nota: Para efectos de esta investigación se utiliza el término "títulos valor" para referirse principalmente a pagarés y letras de cambio. Se excluye expresamente este término para referirse a títulos que incorporen una prestación distinta a "dar dinero".

2 Causa 1329-93, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en sentencia No. 282 de 23 de abril de 1996, párr. 6.

3 Gaceta Judicial Año XCII, Serie XV, No. 15. Quito, 11 de diciembre de 1992, 4468.

4 Gaceta Judicial Año LIII, Serie VI, No. 10. Quito, 16 de julio de 1953: "si al girar el documento se hace constar una condición a cuyo cumplimiento se subordina su eficiencia, no valdrá como letra de cambio".

> contiene una obligación incondicional pues se encuentra ligado al convenio antes anotado.[5]

Se concluye que las cortes ecuatorianas, de manera general, han considerado a esta práctica como una suerte de "causal" para que no prospere la acción cambiaria.

La doctrina también se suma a este criterio. Montoya Alberti considera que "una orden incondicional debe entenderse como una orden de pago sin condiciones, que no admite un acontecimiento –como sí lo hace la garantía– para que sea efectivo su cumplimiento. Esto basta para que la figura de la letra de cambio en garantía sea descartada".[6]

Por otra parte, sí existen precedentes –aunque muy escasos– que han aceptado la ejecución de títulos valor girados como garantías. La Corte Provincial de Pichincha aceptó un recurso de apelación planteado por el acreedor y fundamentó: "[e]n vista de que se le califique como título valor no significa que la operación en función de la misma sea para ello, sino es una especie genuina de operación cambiaria, **de garantizar sí**, pero el pago de una obligación de la misma naturaleza" (énfasis añadido).[7] En el caso de Perú, la Casación 2384-2008 estableció textualmente que "no existe impedimento legal a efecto que un título valor entregado en garantía –a decisión del acreedor– sea ejecutable vía proceso ejecutivo como en el presente caso".[8] Por último y remitiéndose a la doctrina, Santiago Andrade demuestra su apoyo a esta postura y expone que en ciertas ocasiones "[l]a causa de la letra de cambio **consiste en destinar la letra a reforzar esa deuda extra cambiaria**. El acuerdo por el cual deudor y acreedor deciden reforzar dicho crédito por la emisión de una letra de cambio es la llamada convención ejecutiva" (énfasis añadido).[9]

Ambas posturas tienen su lógica y deben ser estudiadas. Sin ánimo de adelantar conclusiones ni de optar por un punto de vista en concreto, el objetivo de este ensayo es el examen del fundamento legal de esta práctica y sus posibles transgresiones a la naturaleza cambiaria de los títulos valor.

2. La promesa incondicional y el incumplimiento

Como se puede concluir del capítulo anterior, las cortes justifican sus negativas frente a los títulos valor en garantía, sobre la base del principio de incon-

5 Causa No. 17230-2019-01576, Corte Provincial de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 26 de enero de 2020, 16.
6 Hernando Montoya Alberti, *Problemas en la emisión de títulos valores: enfoque jurisprudencial* (Lima: Gaceta Jurídica, 2009), 37.
7 Causa No. 17230-2016-01848, Corte Provincial de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 19 de noviembre de 2020, 3.
8 Casación 2384-2008, Sala de Casación, Sala Civil Transitoria, 8 de julio de 2009, párr. 6.
9 Santiago Andrade Ubidia, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano, Tercera Edición* (Quito: ABYA YALA, 2006), 313.

dicionalidad.[10] En tal virtud, este capítulo estudia este concepto, así como sus implicaciones en los títulos valor y en las garantías.

El nuevo Código de Comercio establece en su artículo 113 que "la letra de cambio es un título valor de contenido crediticio, por el cual una persona denominada girador ordena a otra […] el pago incondicional a un tercero".[11] Este requisito también está presente en los endosos (artículo 139), los pagarés (artículo 187) y las facturas comerciales (artículo 203). Peña Nossa explica que "la promesa incondicional indica que el obligado se compromete fuera de toda condición".[12] Concretamente en el ámbito de los títulos valor, López Arévalo aclara que "[l]a aceptación debe ser pura y simple, y no puede estar sujeta a modo o condición de ninguna naturaleza".[13]

Al respecto, Lorenzetti define a la condición como "un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de una obligación".[14] [15] Parraguez Ruiz aclara que la futureidad consiste en que "la exigibilidad de una obligación ha de estar concebida para que ocurra con posterioridad a la estipulación"[16]; mientras que la incertidumbre hace referencia a que "existe duda sobre la producción del hecho futuro […] y las partes son ignorantes [sobre si el hecho realmente va a ocurrir] al momento de pactar la condición".[17]

Antes de estudiar las implicaciones teóricas de un título valor que garantice una obligación, es pertinente repasar brevemente el concepto de garantía. Parraguez Ruiz expresa que las garantías "tienen como objetivo garantizar al acreedor la satisfacción de su crédito".[18] Meza Barros –al referirse a la garantía en la compraventa– explica que "se encuentra encaminada a asegurar el pago del precio".[19] Finalmente, Lorenzetti lo expone de la siguiente forma: "la garantía […] pretende brindar una seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato".[20] En tal virtud, el contrato de garantía no es más que aquel que tiene como objeto precautelar el derecho de crédito de la parte acreedora en el supuesto de que su contraparte incumpla el contrato.

La característica más importante de la garantía –para efectos de este ensayo– es que se trata de un contrato accesorio. Aquello conlleva una consecuencia

10 Nota: obsérvese que las cuatro sentencias contrarias a los títulos valor en garantía utilizan la base de la promesa incondicional para motivar sus archivos.
11 Artículo 113, Código de Comercio, Registro Oficial Suplemento 497, 29 de mayo 2019.
12 Lisandro Peña Nossa, *De los Títulos Valores* (Rosario: Ecoe Ediciones, 2016), 613.
13 William López Arévalo, *El Proceso Ejecutivo, Los Títulos Ejecutivos y las Medidas Precautorias en el Ecuador* (Quito: Ed. Jurídica del Ecuador, 2014), 103.
14 Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los Contratos* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores, 2001), 311.
15 Cabe mencionar que las condiciones entran en la clasificación de obligaciones modales, que difieren de las puras y simples. Ver, René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones, Tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 276.
16 Luis Parraguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Teoría de las Obligaciones, Vol. 1* (Quito: UTPL, 2006), 145.
17 Ibid., 147.
18 Luis Sergio Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico de los Bienes* (Quito: Ed. Cevallos, 2015), 59.
19 Ramón Meza Barros, *De las Fuentes de las Obligaciones, Tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 130.
20 Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, 26.

práctica: lo accesorio sigue la suerte de lo principal.[21] Dicho de otro modo, la extinción del contrato principal por cumplimiento de las obligaciones, también extingue la garantía.

En conclusión, el problema con los títulos valor girados en garantía radica en que el concepto de "promesa incondicional" es incompatible con el concepto de "garantía". Se mencionó que este último concepto está directamente vinculado al incumplimiento. En el hipotético caso de que un título valor garantice otro contrato, se estaría condicionando su exigibilidad a que dicho contrato se incumpla, lo que le resta su carácter de incondicional. Este ha sido el principal argumento utilizado tanto por deudores como por jueces para desestimar una acción cambiaria de cuyo título se deduce una garantía. Este problema se desarrollará en el capítulo siguiente.

3. Los títulos valor y su contrato originario

Generalmente, un título valor se gira en torno a una relación comercial en la cual se pretende asegurar el cumplimiento de las prestaciones contractuales. En materia cambiaria, este contrato se conoce como "originario". Dicha aclaración tiene relevancia porque el título valor solo garantiza a su contrato original. Este capítulo estudia las relaciones y vínculos existentes entre un título y su contrato originario al momento de ser girado, así como define las circunstancias en las cuales se pueda considerar a la garantía como un legítimo impedimento en la ejecución de un título.

En primer lugar, es necesario definir al contrato originario como el negocio jurídico que dio vida al título valor, así como sus antecedentes y el marco jurídico en el que se le desarrolló su origen. Santiago Andrade profundiza respecto a lo que él denomina "relación fundamental" y expone: "de acuerdo con la doctrina, con relación a la causa lícita, se ha de anotar que la letra de cambio es girada o librada, por lo general, como consecuencia de un negocio jurídico extra cambiario, existente entre librador y primer tomador, que se llama relación fundamental".[22]

Todo título tiene una relación fundamental. Puesto que los títulos valor por excelencia contienen un derecho crediticio, siempre va a ser necesario un acontecimiento jurídico que sea la contraprestación de dicho crédito; caso contrario, no se podría justificar la existencia de dicho crédito en favor del beneficiario.

21 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de las Obligaciones, Vol. I.* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 95.
22 Santiago Andrade, *Los Títulos Valor,* 313.

Cabe agregar que un título no solo tiene un contrato originario, sino que al momento de ser girado, dicho contrato debe tener una prestación pendiente. Caso contrario, esto es que el contrato se encuentre completamente cumplido, no existiría un móvil para que una de las partes gire un título en favor de la otra. Asimismo, al estar el contrato extinto, este no puede servir como relación fundamental, y sin esto no existe un título.

Ahora bien, ¿qué papel juega esta prestación pendiente en el título? Es lógico que el objeto básico del título sea reforzar dicha prestación aún debida en su contrato original para poder ejecutarla –valga la redundancia– en la vía ejecutiva. Desde la perspectiva de Santiago Andrade, "[l]a causa de la letra de cambio consiste en **destinar la letra a reforzar esa deuda extra cambiaria.** El acuerdo por el cual deudor y acreedor deciden reforzar dicho crédito por la emisión de una letra de cambio es la llamada convención ejecutiva" (énfasis añadido).[23] En otras palabras, el título es a *priori* una garantía a su relación fundamental.

Si respecto al tema de fondo se adopta una postura bastante restringida –como es el caso de nuestra jurisprudencia– se llega a una contradicción con los títulos valor en sí. Si la primera premisa es que los títulos valor en garantía no valen, y la segunda premisa es que todos los títulos son garantías, la conclusión es que ningún título valor vale. Este silogismo debe ser necesariamente equívoco, pues niega la existencia misma de los títulos valor.

Por tal motivo es evidente que no se pueden restringir los títulos valor en garantía, sin más. Aquello tampoco significa, empero, que se puede desnaturalizar un título valor al punto que los títulos valor garanticen absolutamente todo tipo de obligaciones y se olvide su carácter incondicional. En conclusión, no se debe restar mérito ejecutivo a un título por el solo hecho de verificar una garantía, sino que es necesario realizar un examen al caso concreto y verificar si existe transgresión a la incondicionalidad del título. Los supuestos serán estudiados de manera concreta en los subtítulos siguientes.

3.1 La garantía de una obligación de la misma naturaleza

Los títulos valor comprenden un derecho crediticio de dar dinero. La Corte Suprema de Justicia manifestó que "[n]o conteniendo el mismo instrumento la obligación de pagar una suma de dinero, sino quintales de arroz, no es pagaré a la orden, pues es de su esencia el dinero, lo único que es redituable en intereses".[24] Del mismo modo, Santiago Andrade expone que "el objeto idóneo u objeto lícito de una letra de cambio será únicamente la promesa

23 Ibid. 312.
24 Gaceta judicial Año LII, Serie VII, Nro. 6, Quito, 27 de enero de 1952, 567.

incondicional de pagar una suma determinada de dinero".[25] Por su parte, Alvear Icaza explica que el pagaré es título valor de crédito que implícitamente significa una promesa incondicional de pago de una suma de dinero.[26] A todas luces, la naturaleza de la prestación contenida y debida en el título valor es "dar dinero". En relación con el tema de fondo, ¿qué sucede cuando la obligación garantizada en el título también consiste en "dar dinero"?

En este caso, las partes sí pueden suscribir un título valor que garantice este tipo de obligaciones. Incluso, nuestra jurisprudencia nacional ha permitido esta modalidad. Se resolvió que "[e]n vista de que se le califique como título de crédito no significa que la operación en función de la misma sea para ello, sino es una especie genuina de operación cambiaria, **de garantizar sí, pero el pago de una obligación de la misma naturaleza**" (énfasis añadido).[27]

Del criterio de la Corte se infiere que esta práctica es perfectamente plausible por cuanto la prestación debida es la misma. La obligación contenida en el contrato principal y la obligación del título valor son tan idénticas que de cierta forma se confunden entre sí, al punto que aparentan ser una misma obligación. Al cumplir el contrato principal se cumple –a su vez– con el título valor. Personalmente, creo que éste es un supuesto en el cual las partes en la relación subyacente se remiten al título valor. Esto quiere decir que no existen dos obligaciones (el contrato y el título), sino que el título es el modo de cumplir el contrato principal.

A aquello que he llamado "confusión" le sucede una incógnita muy interesante respecto al efecto de utilizar un título valor dentro de una relación contractual. Un posible efecto consiste en que el título valor opera de manera parecida a la novación del contrato originario. Esto implica que al entregar el título se considera al contrato como cumplido. Por tal motivo solo subsiste el título valor, incluso si el deudor no ha pagado. La otra forma de ver a esta modalidad es que el título es tan solo una herramienta que garantiza el pago, y por tal el contrato subsiste hasta que el deudor pague. Sin ánimo de alargar esta discusión, se cierra el debate aclarando que la diferencia práctica entre estas posturas radica que en la primera al acreedor solo le asiste la vía ejecutiva (como ejecución del título), mientras que en la segunda también se puede ejercer a través de la vía ordinaria (como incumplimiento del contrato).

No se contraviene con el principio de incondicionalidad por cuanto el título siempre se va a ejecutar. Si se cumple la obligación principal, se cumple con el título valor. Si se incumple la obligación principal, se ejecuta el título. La ejecución del título no se condiciona al incumplimiento de la obligación principal, pues en cualquiera de los supuestos (cumplimiento o incumplimiento del

25 Santiago Andrade, *Los Títulos Valor*, 318.
26 José Enrique Alvear Icaza, *Manual Elemental de Derecho Mercantil Ecuatoriano* (Guayaquil: Editorial Edino, 2006), 88.
27 Causa No. 17230-2016-01848, 3.

contrato principal) se satisface el título valor. Tampoco existe incertidumbre respecto a su carácter ejecutivo.

Un supuesto *sui generis* es el de la cláusula penal. Es frecuente que en la práctica comercial se garantice a esta cláusula a través de un título valor. En este caso la distinción entre obligaciones de dar, hacer o no hacer, es en vano, pues el resultado siempre será el mismo: el título pierde su carácter ejecutivo. Esto se debe a que estamos frente a un claro supuesto de promesa no condicional, por cuanto no existe certeza en la exigibilidad de la cláusula penal. Por ende, aun si la penalidad es monetaria y el contrato contiene la obligación de dar, el título valor sobre una cláusula penal no vale.

A fin de realizar un análisis más específico, es procedente observar este examen con los contratos que comparten la naturaleza de "dar dinero". Entre los principales resaltan la compraventa, el arrendamiento y el préstamo de dinero. Si se gira un título valor para garantizar la prestación de dar dinero (el pago del precio, el pago del canon de arrendamiento o la devolución del dinero prestado), la obligación contenida en el título es exactamente la misma. Por ejemplo, en el caso de la compraventa, el pago del título valor también es el pago del precio. Cabe advertir, empero, que el título valor solo puede servir como garantía de la prestación de "dar dinero", por cuanto solo sobre estas obligaciones comparte similitud la naturaleza de los títulos valor. Retomando el ejemplo de la compraventa, el título valor no podría garantizar la obligación de entrega de la cosa.

Un supuesto interesante que puede ocurrir es que la contraprestación de la obligación garantizada no se cumpla, o se cumpla de manera imperfecta. Esta hipótesis se va a ilustrar con el siguiente ejemplo: A vende un celular a B, y B entrega un pagaré. ¿Qué sucede si A no entrega el celular? En un principio, si el vendedor (A) exige el pago del precio, al comprador (B) le asiste la *exceptio non adimpleti contractus*,[28] ya que él tampoco ha cumplido con la entrega de la cosa. No obstante, si el vendedor (A) ejecuta el título valor, por principio de abstracción el comprador (B) no podría oponer dicha excepción, pues se basa en otro contrato. En este caso la solución se resume en que el pagaré sí debería ejecutarse, pero el comprador (B) podría proponer una demanda ordinaria por incumplimiento del contrato en la entrega del celular. Por cuanto este problema se puede evitar, se considera que los títulos valor en garantía solo deberían valer cuando el acreedor haya cumplido a cabalidad con su prestación, de tal modo que solo quede pendiente la obligación sujeta a garantía.

Ahora bien, no quedaría fuera de lógica alegar que ambas obligaciones tienen fuentes distintas; y por ende, el cumplimiento de la obligación principal no

28 "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". En Artículo 1568, Código Civil.

significa el cumplimiento del título. Sin embargo, el título valor y el contrato principal comparten la misma causa originaria y consisten en la misma prestación. Consecuentemente, el pago de la obligación principal debe considerarse como el pago del título. Aquello fue confirmado por la Corte Suprema, que estableció que "[d]e suponerse lo contrario, se llegaría a la conclusión de que a una letra, pagada total o parcialmente, no se le podría oponer la excepción de pago y el deudor tuviera que abonar dos veces, no obstante de demostrar prueba plena de la extinción de la deuda".[29] Por ende, en caso de que el acreedor pretenda ejecutar el título aún después de cumplida la obligación de dar dinero, al deudor le asiste la excepción de pago.

Tampoco existe un problema si el acreedor endosa el título en favor de un tercero. Este endoso fungiría como una suerte de "cesión de derechos", en la cual el endosatario toma el lugar del primer tenedor. Como la prestación contractual es la misma, el título puede circular libremente en el mercado de valores y servir como un medio de pago frente a terceros.

A modo de conclusión, este análisis es completamente coherente con la práctica comercial. Como se puede observar, la emisión de pagarés y letras de cambio casi siempre tienen como contrato originario un préstamo de dinero o la compra de mercadería. En ambos casos, la prestación aun pendiente es la de devolver o pagar dinero. Al existir homogeneidad con la naturaleza de los títulos valor, esta hipótesis es perfectamente posible y legalmente factible.

3.2. La improcedencia de garantizar una obligación de naturaleza distinta

En el título anterior se resaltó que la naturaleza de la prestación de un título valor es "dar dinero". Por descarte, las obligaciones de distinta naturaleza son las obligaciones de "hacer", de "no hacer", y de dar algo distinto al dinero. En este sentido, los títulos valor en garantía no son compatibles con este tipo de obligaciones.

Cuando la obligación es de "dar dinero", el título siempre se cumple: ya sea por el cumplimiento de la obligación principal o por la ejecución del título. En el caso de obligaciones distintas, sucede exactamente lo contrario: o se cumple la obligación principal o se ejecuta el título valor. En el caso de obligaciones monetarias, la ejecución del título valor cumple con la obligación principal. Caso contrario (obligaciones distintas a dar dinero), el derecho monetario contenido en el título sustituye a la prestación incumplida en el otro contrato.

29 Gaceta Judicial, Año LVII, Serie. VIII, No. 14, Quito, 21 de marzo de 1957, 1380.

Se plantea como ejemplo un contrato de obra, en el cual el artista se obliga a pintar el retrato de su contratista (obligación de hacer). El contratista paga por adelantado por el retrato, mientras que el artista gira un título valor como garantía en caso de que no cumpla con su obligación de pintar el retrato. En principio, el título valor solo podría ejecutarse si el artista incumple, por lo que pierde su carácter de incondicional.

En el caso contrario, es decir, si el artista cumple con el retrato, el tema se vuelve mucho más complejo y plantea un sinfín de problemas jurídicos. El inconveniente más agobiante versa sobre la falta de certeza sobre la suerte del título valor en un juicio. Una vez cumplida la obligación de pintar el cuadro, pueden ocurrir tres (iii) escenarios:

i. El juez no acepta la ejecución del título valor, pues siguiendo el principio de los contratos accesorios, al cumplirse la obligación principal se extingue el contrato de garantía, que en este caso es el título valor. Esto puede ser un problema si dicho título está circulando en manos de un tercero.

ii. El juez acepta la ejecución del título valor. Esta hipótesis se contrapone a la anterior, pero es plausible. El fundamento se basa en que la única manera de cumplir el título es a través de la prestación de "dar dinero". En este caso, la excepción de pago tampoco sería viable puesto que no existió un pago en dinero, sino únicamente la prestación de pintar un cuadro.

iii. El juez acepta la ejecución del título valor, esta vez sobre la base del principio de autonomía y abstracción. En virtud de estos principios, el artista no podría oponer ninguna excepción relativa al contrato de obra, ni alegar que se cumplió a cabalidad la obligación de pintar el cuadro.

Todos los escenarios son jurídicamente plausibles. Estas dos últimas hipótesis demuestran un caso de doble pago por una sola obligación. Además del problema de la incertidumbre, la ejecución depende del incumplimiento de la prestación de pintar el cuadro, *ergo*, no es una promesa incondicional. En todos los supuestos presentados existe una verdadera desnaturalización del título valor, pues éste pretende sustituir una prestación cuya naturaleza le es incompatible. Bien haría el juzgador en declarar a estos títulos como "no ejecutivos".

3.3. Un problema de equivalencia entre las prestaciones bebidas

Tras haber esgrimido a profundidad la naturaleza de las prestaciones garantizables, se concluye que girar un título valor como garantía presenta un problema aritmético: dos obligaciones como contraprestación de una sola. Ciertamente,

en el contexto de esta operación contractual existen dos negocios jurídicos: un contrato y un título valor. El contrato contiene una obligación para cada una de las partes, mientras que el título solo obliga a una. Dicho de otro modo, existen dos fuentes contractuales que aparentemente contienen dos prestaciones que obligan al deudor (el contrato y el título) como contraprestación de una sola obligación por parte del acreedor (el contrato). Las matemáticas no cuadran; en razón de ello, se dice que existe una falta de "equivalencia". Un claro ejemplo de dos obligaciones por una sola contraprestación sucede cuando se garantizan obligaciones distintas a "dar dinero". Desde luego, si la obligación contractual es distinta a la prestación en el título, existen dos obligaciones distintas e incompatibles entre sí. Aquello implica que cualquier prestación por parte del deudor solo implica la solución a una obligación, lo que mantiene la otra pendiente. Retornando al ejemplo del artista, éste se ve obligado a dos prestaciones (pintar el cuadro y pagar el título) como recompensa de una sola prestación (pagar el cuadro).

Sin embargo, sucede todo lo contrario si la obligación garantizada es la de dar dinero. De ser así, las obligaciones que emanan del contrato y del título consisten, no solo en pagar, sino en pagar exactamente la misma cantidad. Consecuentemente, cualquier prestación realizada por el deudor debe atribuirse tanto al contrato como al título, y el deudor cumple una sola obligación por una sola prestación. Asimismo, como la forma de cumplir el contrato es mediante el pago del título, éste es siempre exigible e incondicional. Se concluye con toda certeza que existe armonía y sinalagma en el marco de la relación contractual.

4. Conclusiones

En el presente ensayo se ha presentado la práctica comercial de utilizar los títulos como garantías, así como las posturas que existen al respecto. Quedó claro que no se puede ser contendiente a esta herramienta de manera absoluta, puesto que hacerlo conlleva a la inevitable conclusión de que todo título es originalmente una garantía; y por ende ningún título vale. En este artículo se adopta una postura neutral en la que un título no pierde necesariamente su carácter ejecutivo por tratarse de una garantía.

En consecuencia, una segunda conclusión implica que la falta de mérito ejecutivo no depende *per se* de que el título advierta una garantía. Por tal motivo, los ministros de justicia cometen un error al desechar toda demanda ejecutiva cuyo título también sea una garantía. Lo correcto es realizar un análisis más exhaustivo y personalizado al caso, a fin de determinar la naturaleza de la prestación garantizada. En caso de tratarse de una obligación de "dar dinero", el título vale; caso contrario, pierde su mérito ejecutivo.

El propósito de este trabajo ha sido el de ofrecer un nuevo enfoque respecto al uso adecuado de los títulos valor como garantías. Como última conclusión, se aprueba un uso limitado de los títulos como garantías, siempre que dicho uso no involucre incertidumbre respecto a la exigibilidad e incondicionalidad del mismo.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Límites en la Atención a Discapacitados Intelectuales y Psicosociales en la actividad notarial en Ecuador

Limits in the Attention to Intellectual and Psychosocial Disabled in the notarial activity in Ecuador

Stalin Javier Lucas Baque* José Jesús Albert Márquez**

Recibido / Received: 28/03/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2244

Citación:
Lucas Baque, S.J., Albert Márquez, J.J. «Limites en la Atención a Discapacitados Intelectuales y Psicosociales en la actividad notarial en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 15-41, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2244.

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Manta 130802, Manabí, Ecuador. Correo electrónico: stalin.lucas@hotmail.com; staluc2012@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/ 0000-0001-5421-4520

** Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba, España, Córdoba 14002, Andalucía, España. Correo electrónico: ji1almaj@uco.es; josejalbert@gmail.com
ORCID iD: https://orcid.org/ 000-0001-9901-4194

Resumen
La evolución en materia de derecho de discapacidad ha avanzado sustancialmente tanto a nivel nacional como en legislaciones internacionales. El punto más álgido es la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 2006, cuyo principal aporte es el reconocimiento del derecho de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. En Ecuador, a pesar de haberse ratificado este instrumento internacional en el 2008, la legislación interna sigue siendo oscura, incompatible, contradictoria e inaplicable. Esto acarrea un conflicto teórico de naturaleza civil y sobre todo práctico en el ejercicio de la actividad notarial. Precisamente la dificultad que representa al notario ecuatoriano prestar la atención a este grupo de personas. No obstante, de la existencia de legislación internacional y nacional que propugna el derecho de obrar del discapacitado intelectual y psicosocial, constituye el objeto principal de este trabajo.

Para la realización de un adecuado análisis e interpretación de las normas jurídicas pertinentes, se utilizan los métodos jurídicos: exegético y hermenéutico. El resultado es una visión global, actualizada y presentada desde la óptica del notario público. Su abordamiento, tras 15 años desde la aprobación de la mencionada Convención internacional, y su falta de adecuación de forma clara en la legislación ecuatoriana, justifican la importancia de su estudio en materia de Derecho Social de los discapacitados y del Derecho Notarial ecuatoriano.

Palabras claves
Discapacidad intelectual y psicosocial; capacidad jurídica; notario; Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ejercicio de la capacidad.

Abstract
The evolution of disability law has advanced substantially at the international level as well as in national legislation. The highest point is the approval of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2006, whose main contribution is the recognition of the right to exercise the legal capacity of persons with intellectual and psychosocial disabilities. In Ecuador, despite having ratified this international instrument in 2008, the internal legislation continues to be obscure, incompatible, contradictory and inapplicable, leading to a theoretical conflict of a civil nature and above all practical in the exercise of notarial activity. Precisely the difficulty that represents to the Ecuadorian notary to pay attention to this group of people despite the existence of international and national legislation that advocates the right to act of the intellectually and psychosocial disabled, constitutes the main object of this work. In order to carry out an ade-

quate analysis and interpretation of the pertinent legal norms, the article uses legal methods: exegetical and legal hermeneutic. The result is a global vision, updated and presented from the point of view of the public notary. Its approach, 15 years since the approval of the aforementioned international Convention and its lack of adequacy in Ecuadorian legislation, justify the importance of its study in matters of Social Law for the disabled and Ecuadorian Notarial Law.

Keywords
Intellectual and psychosocial disability; juridical capacity; notary; International agreement; exercise ability

1. Introducción

La problemática de los derechos de los discapacitados, teóricamente se ha dado por superada, centrándose los esfuerzos de llevar a la realidad todos los avances alcanzados. Reconocimiento, respeto, libre acceso, igualdad de oportunidades, inclusión laboral, exenciones tributarias; constituyen sus principales logros.

Sin embargo, dentro de los avances teóricos, han quedado temas que son complejos para llevarlos a la realidad, mucho más cuando por un *lapsus,* el legislador dejó ciertos vacíos legales sobre ejercicios de la capacidad jurídica que limitan a funcionarios públicos, entre ellos al fedatario público.

La dificultad para el notario de prestar sus servicios fedatarios a personas con discapacidad intelectual o psicológica continúa generando interrogantes al funcionario, así como cuestionamientos en contra del servicio notarial por parte de usuarios, familiares y organizaciones de discapacitados. Siendo este el centro del tema del presente estudio, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la falta de armonía entre la actual legislación internacional y la nacional en materia de ejercicio de la capacidad jurídica del discapacitado intelectual y psicológico, frente a la dificultad que tiene el notario público ecuatoriano para prestar la atención deseada a los ciudadanos con estos tipos de discapacidades.

¿Está claro el sistema jurídico ecuatoriano respecto a la aplicación de los derechos de ejercicio de la capacidad jurídica de obrar establecidos en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial? Este será el principal tópico de discusión de este artículo.

Absuelta esta inquietud una vez concluido este trabajo, será necesario propugnar que se adecúe la normativa interna con la Convención del 2006 de

manera clara y urgente, de forma que signifique tanto una solución teórica a una armonía jurídica que debe existir en un Estado de Derecho como el ecuatoriano, así como también el cumplimiento real a un instrumento internacional de tanta importancia para los llamados derechos humanos por parte del Estado ecuatoriano, y finalmente la satisfacción en atención a este sector de la sociedad ecuatoriana.

2. Desarrollo

2.1. Bases conceptuales

El concepto de discapacidad tiene diversas acepciones, dependiendo de los paradigmas teóricos, culturales y legales. La discapacidad es vista como una deficiencia en el rendimiento funcional de un individuo, que como consecuencia representa trastornos en el ámbito de la persona.[1]

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye a individuos con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, "al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás".[2]

En consonancia, el Art. 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades del Ecuador, vigente desde el año 2019, define a la persona con discapacidad como:

> [..] toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, sicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria.[3]

En conclusión, el término discapacidad engloba las deficiencias funcionales, limitaciones de la actividad y restricciones en la participación social.

2.2. Modelos

La teoría sobre discapacidad y su construcción social, ha tenido una evolución constante en la sociedad a través del tiempo y del espacio,[4] la que comprende,

1 Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez, *Experiencias de Aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías* (Madrid: Artegraf, 2001), 19.
2 Artículo 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
3 Ley Orgánica de Discapacidades, R.O. 796, 25 de septiembre de 2012, reformada por última vez R.O. Primer Suplemento 481 de 6 de mayo de 2019.
4 Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez, "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", 15.

al menos tres modelos*:* 1) de prescindencia,[5] con los submodelos eugenésico[6] y de marginación;[7] 2) rehabilitador;[8] y 3) el modelo social.[9]

Bajo el modelo social, se ha definido el concepto actual de discapacidad, distinguiendo deficiencia (la condición del cuerpo y de la mente) [10] y discapacidad (las restricciones sociales).[11] Este modelo propugna que a las personas con discapacidad es innecesario aislarlas y excluirlas de participar en sociedad.

2.3. Tipos de discapacidad

La doctrina sobre discapacidad distingue cuatro tipos de discapacidad: (i) física,[12] (ii) sensorial (visual y auditiva),[13] (iii) psicosocial, e (iv) intelectual.

Para fines de este trabajo es necesario realizar una aproximación conceptual de los dos últimos: Discapacidad psicosocial.- Según Alfredo Padilla Hernández*,* es "todo tipo de conducta que se aparta del patrón social establecido, [..] se traduce en un trastorno que si es del orden de los supuestamente dirigidos o gobernados por la mente se le llama trastorno o enfermedad mental".[14]

El Ministerio de Salud Pública de Ecuador y el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad (en adelante CONADIS), con relación a esta discapacidad determinan que:

> […] se refiere a personas que presentan secuelas de una enfermedad mental, que se caracteriza por trastornos previsiblemente permanentes en el comportamiento adaptativo que afectan el estado de bienestar en la forma de pensar, en los sentimientos, en las emociones, en el humor o estados de ánimo, en la conducta, interfiriendo la habilidad de una persona para afrontar las demandas ordinarias de la vida sobre situaciones familiares, laborales y sociales, en mayor o menor grado.

5 Para Agustina Palacios, las características de este modelo son dos: la justificación religiosa de la discapacidad, y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad. Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Cinca, 2008), 37.

6 Ibid, 38.

7 Ibid, 54.

8 Palacios distingue las dos características fundamentales de este modelo: 1) no son religiosas las causas que justifican la discapacidad, sino que son científicas; y 2) las personas que tienen discapacidad no son consideradas inútiles ya que pueden aportar algo a la comunidad. Ibid, 66.

9 Las limitaciones individuales "no son las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social*"*. Ibid, 103-104.

10 Mauricio Mareño Sempértegui, y Fernanda Masuero, "La discapacitación social del diferente", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* 4, no. 1 (enero 2010): *96,* https://www.intersticios.es/issue/view/414.

11 Ibid.

12 Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura y Consejo Nacional Para la Igualdad de Discapacidades [CONADIS], 2015, 9.

13 Ibid., 11-12.

14 Alfredo León Padilla Hernández, "Las Enfermedades Psicosociales como Problema de Salud Pública," *Revista Médica Hondureña* 43, no. 3, (1975): 179, http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1975/pdf/Vol43-3-1975-4.pdf.

> Esta discapacidad no está relacionada con la discapacidad intelectual. [...] Se relaciona con diferentes enfermedades tales como sicosis, depresión mayor, demencia, Alzhéimer [...].[15]

Para fines de atención a discapacitados, la Función Judicial del Ecuador toma como base lo recomendado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en base a evolución del concepto utilizando el término discapacidad psicosocial para referirse a la discapacidad mental.[16]

De este documento, al establecer como sinónimo directo el término psicosocial con mental, lo vuelve muy cercano al término demencia que origina la incapacidad jurídica.

Discapacidad Intelectual.- Para la Asociación Americana de Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, AAIDD, esta discapacidad presenta limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual, la conducta y las habilidades adaptivas, conceptuales, sociales y prácticas, originadas antes de los 18 años.[17]

Sofía De Salas Murillo respecto a la situación jurídica de personas con este tipo de discapacidad, manifiesta que se caracterizan por contener restricciones en la capacidad de obrar, por lo que están acompañadas por guardadores.[18]

No obstante, por la complejidad social e individual, Alfredo Padilla señala:

> La medición del nivel de salud mental no puede ser absoluta dado el peso que tienen en la misma los factores socio-culturales. el grado de salud mental de un individuo debe establecerse por un indicador o patrón, tomando en cuenta el sistema de valores aceptados por la colectividad a que pertenezca el interesado.[19]

En ese sentido, existe preocupación en las naciones por reconocer los derechos de los discapacitados, así como su integración en la sociedad. En tal sentido, el español Carlos Marín Calero afirma: "la integración es justamente lo contrario de la segregación o exclusión. […] supone inclusión, adición, disolución en el común, o sea en la sociedad, en igualdad de derechos, y también en igualdad de riesgos".[20]

15 Guía para atención de personas con discapacidad en la salud rural, Ministerio de Salud Pública de Ecuador y CONADIS, 2017, 21.

16 Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, 10.

17 Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo [AAIDD]., *Discapacidad Intelectual. Definición, Clasificación y Sistemas de Apoyo Social* (Madrid: Alianza Editorial, 2011), 10.

18 Sofía De Salas Murillo, "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual. Criterios de valoración". *Anuario de Derecho Civil 2,* no. 63 (Julio 2010): 679, https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estatuto-persona-discapacidad-intelectual-353749954.

19 Padilla, "Las Enfermedades Psicosociales," 179.

20 Carlos Marín Calero, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006), 8.

Sin embargo, esta integración no significa igualdad de trato, sino una equiparación burda equivalente a tratar como igual a lo que es distinto. Esto ni anula ni olvida la discapacidad, tan solo busca compensarla.[21] Esa es la intención en la Constitución ecuatoriana, Capítulo tercero, que trata de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, específicamente en la Sección sexta: "Personas con discapacidad".[22]

2.4 Normativas internacionales sobre discapacidad intelectual y psicosocial

Varios son los instrumentos internacionales que se han aprobado con la finalidad de reconocer y proteger los derechos de los discapacitados. Entre los principales están: i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[23], aprobado por la ONU en el año 1966, estando presente en cuatro ámbitos los derechos de los discapacitados;[24] ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 1966;[25] iii) Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas tales como: Resolución 2856, sobre la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971;[26] Resolución 3447, sobre la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975;[27] Resolución 37/52 sobre el Programa de acción mundial para las personas con discapacidad de 1982;[28] Resolución 46/119, sobre los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991;[29] Resolución 48/96 sobre las Normas uniforme sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de 1993;[30] entre otras.

21 Ibid.

22 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

24 Agustina Palacios señala que las cuatro áreas son: 1) Derechos relativos a la existencia humana y la integridad de la persona; 2) Derechos relacionados con la libertad; 3) Derechos de formar una familia y otros relacionados; y, 4) Derechos políticos. Y en todos ellos "son aplicables a todas las personas, lo que evidentemente incluye a las personas con discapacidad". Palacios, *El modelo social de discapacidad*, 210-214.

25 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, New York, 16 de diciembre de 1966.

26 Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Nueva York, 20 de diciembre de 1971.

27 Declaración de los Derechos de los Impedidos, Nueva York, de 9 de diciembre de 1975.

28 Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, Nueva York, 3 de diciembre de 1982.

29 Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, Nueva York, 17 de diciembre de 1991.

30 Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 20 de diciembre de 1993.

2.4.1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[31]

Sin duda, esta Convención constituye uno de los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y tiene la finalidad de proteger los derechos y de manera especial la atención a las personas con discapacidad, tanto en instituciones públicas como privadas, procurando garantizar el pleno goce y disfrute de condiciones de igualdad ante la ley.

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York; la Convención entraría en vigor una vez ratificada por 20 países, lo cual ocurrió el 3 de mayo de 2008. En el año 2019 la convención contaba con 177 signatarios y 181 ratificaciones, entre ellos el Ecuador, cuya ratificación se realizó el 3 de abril del año 2008, mediante acuerdo del Ministerio de Relaciones Exteriores.[32]

Con la vigencia de esta convención, se creó un marco jurídico con carácter vinculante para las naciones que lo ratificaron, constituyéndose por un lado en la principal referencia para la conceptualización de las discapacidades, y por otro, el mejor norte para la formulación de políticas a nivel internacional.[33]

Este instrumento internacional constituye tal vez el avance más importante en materia de derecho de discapacitados. En los numerales 3, 4 y 5 del Art. 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, determina que:

> 3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
> 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias [...] Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, […] serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
> 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades

31 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Compilación documentos básicos de Derechos Humanos* (Ciudad de México: talleres de Servicios de Medios Alternativos, 2008), 123-145.

32 Acuerdo de Ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, Registro Oficial 329 de 5 de mayo de 2008.

33 Beatriz Martínez Ríos, "Pobreza, discapacidad y derechos humanos", *Revista Española de Discapacidad* 1, no. 1 (Julio 2013): 10, https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/33.

de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.[34]

El punto principal que tipifica estos numerales es el ejercicio de la capacidad jurídica, negado antes tanto en los instrumentos internacionales como en los ordenamientos nacionales, pues antes, bajo el argumento de proteger al discapacitado, se denegaba la posibilidad de construir una propia vida, se sometía a estas personas a un régimen de sustitución de la voluntad, y se encargaba la decisión de ella a un tercero.[35]

Con la aprobación y ratificación de esta Convención cambia sustancialmente este régimen jurídico de los discapacitados. Costanza Borea Rieckhof explica la diferencia entre capacidad de ser titular de derechos y capacidad de ejercerlos. Unos "son titulares de derechos, pero solo aquellos con determinado nivel cognitivo podrán ejercerlos".[36] Finalmente asegura que la capacidad jurídica es la llave que protege al discapacitado de injerencias no deseadas de terceros, pues de ocurrir esto último, se limitaría el ejercicio del derecho patrimonial y abarcaría incluso otras áreas importantes del ser humano tales como salud y bienestar, siendo además que esta falta de capacidad de decisiones se constituye en lo que se denomina muerte civil.[37]

Según Xabier Urmeneta: "al ser una convención firmada y ratificada, es la primera de obligado cumplimiento para todos y cada uno de los países firmantes".[38] En teoría, las legislaciones internas de muchos países deberían haber sido adecuadas de conformidad a la concepción o modelo existente y también han evolucionado de acuerdo con el avance y progreso del mismo.

Se podría afirmar que el reconocimiento de la personalidad jurídica[39] y de la capacidad jurídica[40] de los discapacitados, ha quedado superado en el derecho internacional con la aprobación y ratificación por parte de los Estados, de la

34 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Compilación documentos*, 130.

35 Costanza Borea, "Discapacidad y derechos humanos", *THĒMIS-Revista de Derecho* 67 (Julio 2015): 168, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14465.

36 Ibid, 168.

37 Ibid.

38 Xabier Urmeneta, "Discapacidad y Derechos humanos", *Norte de Salud mental* vol.8, no. 38 (Octubre 2010): 67, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4830148.

39 El primer inciso del art. 12 de esta Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, determina que los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Para Francisco Bariffi la personalidad jurídica "confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos". Francisco José Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* (Madrid: editorial Cinca, 2014), 248.

40 Bariffi, señala que el concepto de capacidad jurídica es más "amplio que, lógicamente, presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)". Ibid.

Señala además que este concepto ha sido escasamente recogido en instrumentos internacionales de derechos humanos, por cuanto tradicionalmente ha sido enfocado desde la óptica del derecho privado reservada a la jurisdicción interna de los Estado. Ibid, 252.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.5 Marco legal de discapacidad en Ecuador

En este punto, es necesario examinar la norma interna del Ecuador en materia de discapacidad.

2.5.1 Constitución del Ecuador

El Art. 417 de la Constitución de la República del Ecuador determina que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador "*se sujetarán a lo establecido en la Constitución*".[41] Y el Art. 84 establece que el órgano legislativo tiene la obligación de "adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano [...]".[42]

Así mismo, el Art. 11 numeral 5º de la misma Carta Magna puntualiza que los derechos y garantías constantes en instrumentos internacionales de derechos humanos "serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".[43]

De estos tres artículos, se desprende que los derechos de capacidad de obrar de los discapacitados contemplados en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, al ser ratificados por el Estado ecuatoriano conllevan tres consecuencias: una normativa, otra legislativa y la tercera de carácter jurisdiccional. La primera significa que esta Convención forma parte del ordenamiento jurídico, la segunda es que los legisladores deben adecuar toda la normativa interna para que se ajuste a lo dispuesto por el instrumento internacional ratificado y la tercera que obliga al funcionario público –en este caso al notario– para que aplique en forma directa e inmediata la vigencia de los derechos dispuestos en la mencionada Convención Internacional.

En cuanto a la aplicación de las normas en caso de conflictos, la Constitución ecuatoriana determina contundentemente en el Art. 425 el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas, en la que la Constitución y los tratados y convenios internacionales están en la cúspide. Y el Art. 424 de la misma Carta

41 Artículo 417, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
42 Artículo 84, Id.
43 Artículo 11, Id.

Magna determina en forma categórica que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, "prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".[44]

Queda claro que la vigencia, validez y jerarquía de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por mandato constitucional debe aplicarse en todos los ámbitos, entre ellos el notarial.

2.5.2 Ley Orgánica de Discapacidades

La actual Ley Orgánica de Discapacidades, determinó, en la cuarta disposición reformatoria y derogatoria, la puntual sustitución del término "demente" por el de "discapacitado intelectual", en el Art. 256 del Código Civil;[45] y en la décima tercera disposición de la misma Ley, establece la orden imperativa de sustituir de la normativa actual nacional, aquellos términos peyorativos hacia las personas con discapacidad.

El Reglamento a esta Ley determina que una persona –para ser considerada como discapacitado– debe tener por lo menos el 30% de afectación debidamente calificada por la autoridad sanitaria nacional competente.[46]

Por último hay que considerar la Resolución 011-ST-2019, emitida por el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades de 2019, tomando como base lo aprobado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente en los Art. 5 y en los numerales 2, 3, 4 y 5 del Art. 12, en los que se estableció el principio de igualdad y no discriminación, al "RATIFICAR que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos" (énfasis añadido).[47]

44 Artículo 424, Id.

45 Sin embargo, la palabra demente(s) aún aparece 20 veces más en el citado Código Civil, en los artículos 192, 478, 479, 480, 482,484, 485 dos veces, 486 dos veces, 487, 489 518, 738, 1012 dos veces, 1463, 2407, 2409. Y la palabra demencia aparece 10 veces: 266, 478, 481, 482, 483, 530, 1010, 1043, 1231, 1602. Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Edición Constitucional 96 de 8 de julio de 2019.

46 Artículo 1, Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, R.O. 109, 27 de octubre de 2017, reformada por última vez R.O. Primer Suplemento 481 de 30 de julio de 2020.

47 El artículo 1 de esta Resolución establece lo siguiente : "Artículo 1.- RATIFICAR que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos; conforme a lo dispuesto en el artículo 5 y en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en concordancia con lo dispuesto en nuestra Constitución y en el artículo 1462 del Código Civil que con respecto a la capacidad legal de las personas con o sin discapacidad, dispone que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara como incapaces y con lo manifestado por el Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas. En tal virtud todas las Instituciones Públicas y Privadas sin excepción, incluyendo los Operadores de Justicia, Notarías del País [...] deberán respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad". Resolución 011-ST-2019, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades [Por medio del cual se ratifica que las personas con discapacidad física, auditiva, visual, intelectual y psicosocial son legalmente capaces para poder celebrar actos y contratos por sí solos], Registro Oficial 435 de

2.6. Discusión

Sentadas las bases teóricas cabe hacerse los siguientes interrogantes: ¿Debe el notario celebrar actos y contratos donde personas con discapacidades intelectuales o psicosociales sean los intervinientes? ¿Determina la normativa ecuatoriana el porcentaje o el grado de este tipo de discapacidad con los cuales se pueda autorizar o negar la celebración de una escritura pública de transferencia o constitución de gravámenes de un bien donde intervenga un discapacitado intelectual o psicológico? ¿Transgrede normas jurídicas y consecuentemente tiene responsabilidades legales el fedatario que realice la celebración de contrato de compraventa con la participación de un discapacitado intelectual? ¿Transgrede normas jurídicas y consecuentemente tiene responsabilidades el notario que niega la celebración de una escritura pública por intervenir un discapacitado intelectual o psicosocial? ¿Qué argumentos legales puede presentar el notario que niega o acepta la realización de una escritura pública en la que una parte o varias partes, tenga la calidad de discapacitado intelectual o psicosocial?

En la función notarial y judicial no existe inconveniente en cumplir con la atención y el servicio para los discapacitados físicos, auditivos o visuales, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Discapacidades y en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que tomando como base el criterio eminentemente clínico de Daniel Taiana Acevedo y Andrés Cardozo Alarcón, quienes expresan que la discapacidad "permite diferentes niveles de autonomía, que se deben rescatar y promover en el paciente buscando al máximo su participación activa en la toma de decisiones".[48]

Sin embargo, en relación a la atención de discapacitados intelectuales o psicosociales, hay dentro del notariado un debate en torno respecto a si la legislación ecuatoriana es lo suficientemente clara para que el notario tenga la certeza de que existe en un discapacitado intelectual y/o psicosocial, la capacidad legal establecida en el Art. 1462 del Código Civil, y si además tiene el pleno conocimiento con que se obliga, de forma particular y especifica en los actos de disposición de bienes; por lo que las recomendaciones son que el fedatario tenga el máximo de cuidado en esta materia, por las consecuencias civiles, penales, administrativas en la realización de una escritura pública con la participación de un incapaz.

25 de febrero de 2019.

48 Daniel Enrique Suárez Acevedo y Andrés Camilo Cardozo Alarcón, "Aspectos éticos en discapacidad y derechos humanos: El rol del profesional de la salud", *Revista Colombiana de Medicina Física y Rehabilitación* 22, no. 2 (diciembre 2012): 160, https://revistacmfr.org/index.php/rcmfr/article/view/63.

2.6.1. Argumentos jurídicos

En el derecho ecuatoriano podemos distinguir dos hitos importantes que se contraponen entre sí, en materia de ejercicio de capacidad jurídica: por un lado está el Código Civil que determina taxativamente quienes son incapaces absolutos, entre ellos los dementes,[49] así como de la consecuencia jurídica de que los actos realizados por ellos, no surten efecto alguno ni aun de las obligaciones naturales, y no admiten caución; así como de que la incapacidad para obligarse del llamado incapaz necesita representación para actuar judicial y notarialmente;[50] en esa misma línea, la Ley Notarial dicta al notario el rumbo fijo de su accionar al establecer la obligatoriedad de examinar la capacidad de los otorgantes y el conocimiento con que se obligan.[51]

La Convención Internacional del año 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, de manera específica procura asegurar que los estados del mundo tomen medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, para que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad; así mismo, propone que la incapacitación jurídica de una persona discapacitada ha de ser excepción; y propugna que solo en determinados casos de profunda discapacidad intelectual, se requiere representación.

En esa misma línea se encuentra la Resolución 011-ST-2018, emitida por el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades que dispone el ejercicio de la capacidad jurídica de todos los discapacitados, pero sin puntualizar tipo, grado y porcentaje, ni tampoco señalar los tipos de trámites que pudiere realizar un discapacitado intelectual y/o psicológico.

2.7. Análisis

En el Código Civil ecuatoriano existe la presunción en derecho de la plena capacidad de las personas, no pudiéndose declarar incapaz sino judicialmente. En este último caso, se le declara interdicto y se le nombra curador[52] conforme lo establecido en el Art. 478 del mismo cuerpo de Ley, siendo privado de la administración de sus bienes y consecuentemente también de la capacidad de disposición.

49 Artículo 1463, CC.

50 Artículo 415, Id.

51 En la actividad notarial la primera fuente de contacto con personas discapacitadas es la examinación para distinguir si la persona tiene una discapacidad que le impida ejercitar la capacidad, libertad y conocimiento exigida en el Art. 27 de la Ley Notarial, previo a la celebración de una escritura pública.

Otro aspecto muy importante que hay que tener muy en cuenta de la existencia de contratos o negocios jurídicos muy complejos que afectan patrimonios y derechos trascendentales de una persona, por lo que siempre se requerirá la suficiente comprensión y conocimiento de las consecuencias del negocio jurídico, entre ellas la trascendencia económica, la constitución o extinción de obligaciones, etc.

52 En el sistema legal ecuatoriano los guardadores (término genérico de tutor y curador), están más acordes para la protección de las personas discapacitadas, pero siendo el juez el llamado a autorizar la disposición del patrimonio del incapaz.

De esta presunción legal de capacidad, y por mandato de Ley, es el notario público quien valora la capacidad de obrar suficiente, que se exige para el otorgamiento de un documento notarial.

De manera que para la validez de un acto o contrato es necesario el discernimiento del interviniente, sin el cual no es posible prestar el consentimiento. En ese sentido el Código Civil ecuatoriano determina criterios para apreciar la incapacidad jurídica, y someterse a tutelas o curadurías a aquellos "que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida".[53]

Al respecto, Isidoro Lora-Tamayo, afirma que: "La curatela es la institución más acorde para la protección de la persona discapacitada y que el juez, al establecer las medidas de apoyo, debe dar prevalencia a la voluntad manifestada por estas personas".[54]

Por su parte, el mencionado Código sustantivo Civil dice: "Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones".[55] Y cuando se requiera la enajenación de un bien de propiedad del incapaz, el sistema legal ecuatoriano exige no solo la representación de curador sino también que se cuente con la autorización de un juez.

Es cierto que esta situación únicamente es aplicable a la demencia, que de por sí es un tipo de discapacidad, y que la lucha por la inclusión de los discapacitados en general busca abarcar todas las esferas de la vida cotidiana, desde la social, educativa, laboral y también la jurídica, tal como bien lo enfatiza Marín que un primer paso fue:

> "…promover la integración en el ámbito del derecho privado, en general, y del derecho patrimonial, en particular, debo añadir que lo que las personas con discapacidad necesitan y esperan de los poderes públicos y de sus funcionarios no es únicamente una legislación no discriminadora […] sino un auténtico esfuerzo constructivo de superación de la discriminación e de implantación de la integración".[56]

Sin embargo, la imprecisión de clasificar a la demencia como incapacidad "psicosocial" o como incapacidad intelectual (mental) deja un espacio vacío, que ni la legislación, ni la doctrina ecuatoriana precisa. Un dato interesante en este debate, lo encontramos en el campo judicial, específicamente en los juz-

53 Artículo 367, CC.
54 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, "Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario", *Revista IUS* 9, no. 36, 2015, 37.
55 Artículo 415, CC.
56 Marín, *La integración jurídica,* 8.

gados. En esa línea de pensamiento, Sofía De Salas expresa los problemas que se presentan en los juzgados: "La falta de unidad de criterio en la propia incapacitación: no existe un parecer uniforme, no sólo en cuanto a la valoración de las causas de incapacitación en sí [...] sino en cuanto a la extensión misma de la limitación de la capacidad".[57] Este problema no sólo lo tiene el juzgador –que por cierto tiene plena capacidad para juzgar y resolver– sino también el notario, quien tiene la necesidad de criterios claros,[58] porque le toca valorar y apreciar la capacidad de comparecientes que se presentan a celebrar actos, contratos o negocios jurídicos en una notaría.

Consecuentemente, todas las consideraciones de no validez de los contratos celebrados por dementes y como tales discapacitados, se contraponen francamente con lo dispuesto por la señalada Convención, quedando claro que esto es producto de esta imprecisión, tomando en cuenta que aunque esté íntimamente ligada la incapacidad producida por la demencia, es un concepto diferente a la concepción general de discapacidad intelectual o psicosocial, de la que hablan los convenios internacionales, las leyes y las resoluciones sobre discapacidades, y esto se evidencia con la impresión en los carnés de discapacidad.

2.7.1. La imprecisión en los carnets de discapacitados

Frente a esta falta de precisión, la Ley le dicta al notario el rumbo fijo de su accionar, y así vemos que el Art. 27 de la Ley Notarial dispone que: "Antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario: 1.- La capacidad de los otorgantes; 2.- La libertad con que proceden; 3.- El conocimiento con que se obligan; y [...]".[59]

Este examen tiene que ver con el entendimiento, comprensión y conocimiento de lo que se está haciendo, tanto con el tratamiento, consideración, urgencia y comprensión de la condición de un discapacitado mental, como con la libertad con la que actúa una persona que se apresta a realizar un acto, contrato o negocio jurídico en una notaría. En esta valoración las únicas herramientas del notario son su sentido común y su experiencia.

Es obvio de que si existe una discapacidad psicosocial o una discapacidad intelectual (mental) en una determinada persona que comparece a una notaría, el fedatario ecuatoriano tan solo tiene a su disposición el documento público llamado carné de discapacidad, junto con la información proporcionada por el Sistema Informático Notarial, en el que se evidencia a una persona con un

57 Sofia De Salas Murillo, "Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones", en *El tratamiento jurídico civil de la dependencia*, ed. Miguel Ángel Pérez Álvarez (La Coruña: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2008), 23.

58 Ibid.

59 Ley Notarial, R.O. 158, 11 de noviembre de 1966, reformada por última vez R.O. Tercer Suplemento 345 de 8 de diciembre de 2020.

porcentaje que va desde el 30%[60] hasta el 90% de discapacidad intelectual o psicosocial, sin precisar cuál es la enfermedad específica que causa la discapacidad.[61]

De manera que la existencia de este documento público en el caso de señalar un porcentaje de discapacidad mental, intelectual o psicológica, equivalente a un grado elevado o grave; en relación a la examinación que hace el notario de la capacidad y el conocimiento con que se obliga, de poco le sirve para decidir si este tipo de usuario puede utilizar su razonamiento lógico para conocer a cabalidad sobre el acto que solicita realizar y consecuentemente tomar decisiones, que permita expresar el debido y legal consentimiento, porque de por sí el documento está advirtiendo de una anomalía que aunque no de derecho, presume una dificultad de comprensión del acto o contrato notarial que se pretende realizar y consecuentemente dejan indicios de que el compareciente discapacitado podría estar incapacitado.

En esas circunstancias, el notario público –en caso de autorizar la celebración del acto o contrato en el que participa un discapacitado intelectual o psicosocial– no puede respaldarse apropiadamente, si se presentase un futuro conflicto jurídico; aun habiéndolo entrevistado en el mismo momento de la celebración de la escritura, respecto a la capacidad, libertad y conocimiento, y se hubiese percatado de que tiene apariencia de lucidez.

Otro problema que presenta el carné de discapacidad intelectual en el Ecuador, como dijimos antes, es que no determina en absoluto la enfermedad específica que ocasiona este tipo de discapacidad, por lo cual no es preciso establecer si corresponde a la incapacidad jurídica ocasionada por demencia.

Además, un dato importante respecto del carné de discapacidad es la existencia al menos de 3 tipos de posibles expresiones plasmadas en estos documentos: "mental", "intelectual" o "psicosocial". Si tomamos como referencia dos documentos emitidos por instituciones públicas competentes: 1) La Guía para Atención de Personas con Discapacidad en la Salud Rural emitido por Ministerio de Salud Pública de Ecuador y el CONADIS; y 2) El Manual de Atención en Derecho de Personas de Discapacidad en la Función Judicial;

60 El porcentaje en que se considera discapacitado es "equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad, debidamente calificada […]". Artículo 1, Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades.

61 Los múltiples beneficios legales de naturaleza tributaria y económica que se obtienen con un carné de discapacidad han propiciado la emisión de este documento en una forma considerable, sin importar el porcentaje, tipo y –lo que es peor– el grado de discapacidad que aparecen en los carnés.

De allí, que es común para un notario ver con frecuencia en los despachos a personas portando un carné de un grado moderado de discapacidad psicosocial, por la cual con un dialogo casual es difícil concluir que tiene alteraciones que puedan evidenciar ausencia de capacidad para tomar decisión y disponer de lo suyo.

La confirmación de la información constante en la credencial de discapacidad es proporcionada al Notario por intermedio del Sistema Informático Notarial, la cual le sirve al fedatario para confirmar los beneficios de la exoneración de las tasas notariales de todos los actos que realiza una persona discapacitada.

hacen una diferencia conceptual y legal entre la discapacidad psicosocial[62] y la discapacidad intelectual[63]; la primera está asociada a sicosis, depresión mayor, demencia, Alzhéimer, neurosis, esquizofrenia, trastornos por consumo de sustancias sicoactivas, bipolaridad, trastorno del pánico, etc. (psicosocial); y en la segunda categoría se encuentra el retraso mental (intelectual).

Al respecto, como lo habíamos señalado, este manual plantea el reemplazo del término demencia con el término enfermedad mental o discapacidad intelectual. [64] No obstante, el mismo documento cuando define a la discapacidad psicosocial, afirma que "[…], **utilizamos el término discapacidad psicosocial para referirnos a la discapacidad mental.** (énfasis añadido)[65]

Se observa entonces que en estos dos documentos de instituciones públicas nacionales se relacionan la demencia tanto con la discapacidad psicosocial como con la discapacidad intelectual. Con estas ambiguas conceptualizaciones, el notario termina más confundido al momento de querer considerar la aplicación de la mencionada Convención Internacional como de la referida Resolución 011-ST- del CONADIS de febrero 2019.

En este punto, es necesario determinar y precisar: ¿Cuáles de las enfermedades que originan la discapacidad intelectual o psicosocial, le encuadran específicamente como demente?

El Código Civil determina únicamente al demente como incapaz, pero también está claro que la Ley Notarial exige al notario examinar el conocimiento con que se obligan los comparecientes, lo que requiere un sano entendimiento y capacidad de comprensión. Cabe responder la siguiente interrogante: ¿Qué otros tipos de enfermedades que originan la incapacidad intelectual o psicosocial y en qué porcentaje, afectan al conocimiento con que se obliga?

De manera que ni la doctrina, ni la normativa vigente en Ecuador aclaran este interrogante, quedando el notario sin los elementos de convicción necesaria para aceptar o negar el servicio notarial solicitado por una persona que porte un carné de discapacidad "mental", "psicosocial" o "intelectual", en grado grave e incluso moderado.

Más aún, en este sentido la dificultad que se le presenta al notario es muy compleja, tal como lo señala Sofía de Salas, asegurando que la discapacidad:

62 Se caracteriza a esta discapacidad por "trastornos previsiblemente permanentes en el comportamiento adaptativo que afectan el estado de bienestar en la forma de pensar, en los sentimientos, en las emociones, en el humor o estados de ánimo, en la conducta, interfiriendo la habilidad de una persona para afrontar las demandas ordinarias de la vida sobre situaciones familiares, laborales y sociales, en mayor o menor grado. Esta discapacidad no está relacionada con la discapacidad intelectual. Guía para atención de personas con discapacidad en la salud rural, 21.

63 Ibid, 23.

64 Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, 72.

65 Ibid, 10.

"para tener relevancia en el Derecho, ha de ser apreciada y valorada según unos criterios y estándares que no siempre son uniformes".[66]

En este escenario, el notario enfrenta un nuevo desafío de volverse de su calidad de asesor legal natural[67] a constituirse en un perito médico y finalmente intérprete, de saber comunicarse con un discapacitado que le permita calar realmente su voluntad y poder determinar lo que realmente quiere y explicarle la comprensión del acto. Aun así, esta función de asesor-perito-intérprete conlleva a que el notario asuma otras responsabilidades legales adicionales a sus tradicionales funciones, que surgirán como consecuencia de los potenciales reclamos ulteriores de terceros interesados, como por ejemplo de herederos de todos los grados de parentesco, por la frágil subjetividad que implica realizar actos notariales por parte de un discapacitado psicosocial e intelectual.

La dificultad de esta tarea pericial para el notario es grande pues ni su preparación en las aulas, ni el ejercicio profesional, ni la docencia, le permiten la adquisición de una formación que involucre conocimientos psiquiátricos o psicológicos para la valoración de la capacidad de las personas. Como consecuencia de esto, la actuación notarial puede no ser suficiente para solventar la seguridad jurídica en este escenario, ni tampoco para salvaguardar totalmente la responsabilidad del notario. Por ello, se hace necesario buscar mecanismos de apoyo –como la participación de profesionales de la psicología–[68] en instituciones de servicio público e incluso de privados cuando exista una discapacidad leve o moderada, según conste en el respectivo carné, para la valoración del grado de capacidad de un discapacitado psicosocial o intelectual, previo a la realización de actos, contratos y negocios jurídicos.

Este es el incierto y confuso escenario en el que el notario debe prestar sus servicios fedatarios a un discapacitado intelectual o psicosocial. Frente a él está la presunción legal de capacidad jurídica; el discernimiento de sus sentidos en el mismo momento del otorgamiento que le permita concluir que el compareciente es apto para la realización del documento notarial; un carné impreciso y

66 De Salas, "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración," 679.

67 El principio de asesoría exige al notario "asesorar a la ciudadanía para que se redacte el documento notarial que corresponde según las necesidades del usuario". Stalin Javier Lucas-Baque y José Jesús Albert-Márquez, "Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica", *Polo del Conocimiento* 39, no. 4 (Noviembre 2019): 51, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7164381.

68 En los actuales momentos, tanto el carné de discapacidad como el informe de un facultativo son de carácter referencial para el notario. En relación a este último, sostiene Isidoro Lora-Tamayo "El certificado o el dictamen médico ayudan al juicio de capacidad, pero seguramente no es suficiente, pues servirán para reforzar el juicio del notario sobre la capacidad, pero no es el adecuado para formar una voluntad debidamente informada del otorgante". Isidoro Lora-Tamayo, "Comparecencia de una persona", 57.

Sin duda, el dictamen judicial legalmente siempre será el mayor respaldo con que puede contar un fedatario público ante un escenario tan complejo como el cumplir con los derechos establecidos en la varias veces nombrada Convención Internacional, ratificado en el Ecuador y en el mundo entero.

Cabe señalar que, en otros países, como bien lo señala Sofía de Salas: "Esta labor calificadora del notario viene facilitada en los casos en que, de alguna forma, descarga su responsabilidad cuando la Ley exige que cuente con el dictamen preceptivo de facultativos". De Salas, "Hacia un estatuto," 696.

la información proporcionada por el Sistema Informático Notarial integrado al Sistema Informático del Registro Civil, alimentado por el Ministerio de Bienestar Social. Estos documentos se incorporan con carácter obligatorio en los actos y contratos que se otorgan en una notaría pública.

¿Qué hacer frente a estos elementos considerativos? es la interrogante del notario, aunque teóricamente podría asumirse el razonamiento jurídico muy bien expuesto por Robert Friend Macías y María Álava que: "mientras una persona con discapacidad intelectual privada del uso de la razón no haya sido declarada en interdicción judicial, la presunción de validez de sus actos jurídicos dependerá de la aprobación de la falta de autonomía de su voluntad a través de métodos científicos".[69] Sin embargo, el notario no cuenta con métodos científicos a su cargo. En la práctica –ante este escenario– el accionar del notario se encamina a negar el servicio.

2.8 Garantía de ejercicio de obrar, versus protección de derecho y seguridad jurídica

El notario, como funcionario envestido de fe pública y como tal representante del Estado para solemnizar, garantizar y dar seguridad a las relaciones jurídicas, en cumplimiento con la normativa jurídica interna, en el ejercicio de su ministerio, y como parte de su esencia en la prestaciones de sus servicios a la sociedad; busca facilitar y garantizar la intervención de los discapacitados en los trámites solicitados por estos o por sus familiares, pero observando meticulosamente los linderos de la capacidad de su intervención y procurando lograr la seguridad jurídica notarial[70] tanto para el discapacitado así también con quien contrata.

No obstante, en la práctica real es en una notaría donde el derecho de ejercicio de la capacidad realmente se puede o no evidenciar, y en donde verdaderamente se puede ponderar si ciertamente favorece o perjudica al discapacitado intelectual o psicosocial. La decisión está en manos del Notario Público.

La misma Constitución de la República incluye a las personas con discapacidades como grupos vulnerables, precisamente por el grado de desvalidez a los que puede estar expuesta una persona con el tipo de discapacidad intelectual o psicosocial en la celebración de esta clase de contrato; sumado a ello que la Ley Orgánica de Discapacidad determina en los principios fundamentales que

69 Robert Alexander Friend Macías, y María de los Ángeles Álava Díaz, "La capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales y sus derechos como consumidores en Ecuador según la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", *USFQ Law Review* 6, no. 1 (Septiembre 2019): 138, https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1384. https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1384.

70 La seguridad jurídica notarial, como lo afirman Lucas y Albert, "estudiada como uno de los principios y al mismo tiempo un fin de la actividad notarial por su aporte a la justicia preventiva o cautelar. […] juega un papel preventivo en las esferas de su amplio accionar". Lucas y Albert, "Los principios notariales," 43.

esta Ley se sujeta y fundamenta en el principio *in dubio pro homine*, por lo que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, "se aplicarán en el sentido más favorable y progresivo a la protección de las personas con discapacidad".[71]

En este ambiguo escenario jurídico que promueve, por un lado, el derecho de todo discapacitado incluyendo el intelectual y el psicosocial, y por otro, la obligación del funcionario público de protegerlo; expone al notario a dudar si está favoreciendo el derecho de ejercicio o exponiendo el derecho de protección del discapacitado intelectual y psicosocial; por lo cual, es el fedatario quien al momento de examinar a los comparecientes, finalmente le toca decidir si permite que una persona que porta un carné de uno de estos dos tipos de discapacidades realice una escritura pública donde transfiera o enajene un patrimonio o comprometa un importante derecho.

En este punto, es necesario considerar que el Código Civil ecuatoriano, al igual que los de muchas naciones con sistema romano germánico, conserva una tradicional protección a los que no pueden gobernarse, entre ellos los dementes y quienes no estén en condiciones de prestar su consentimiento por algún tipo de enfermedad que afecte su entendimiento o conocimiento. disponiendo se lo realicen a través de una representación sustitutiva y una autorización judicial tal como lo dispone la Ley. Si bien desplazando aparentemente el ejercicio de la capacidad a un tercero, lo principal es que está protegiendo su patrimonio, todo esto para precautelar sus derechos.

Lo cierto es que no todo tipo de discapacidad intelectual o psicosocial necesita esta representación. Es verdad también, que no todos los grados y porcentajes de estas discapacidades necesitan este mecanismo legal de protección. Lo que sí es una real necesidad, es precisar en la ley qué casos y en qué porcentaje, se debe conservar esta protección.

Por otra parte, es la misma Convención la que implícitamente reconoce esta verdad y necesidad de protección cuando sugiere que se realice específicamente la aplicación en dos puntuales tipos de actos y contratos para todos los tipos de discapacitados: 1) Heredar bienes «posesiones efectivas»; y 2) Constituir hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.[72] Pero sobre todo, recomendando que estas salvaguardias sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.[73] Advirtiendo finalmente el deber de los Estados

71 Artículo 4, Ley Orgánica de Discapacidades.

72 Artículo 12, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York,13 de diciembre de 2006.

73 Seoane propone el catálogo de principios de los derechos de los discapacitados entre los que destaca la dignidad, la libertad, la igualdad, protección, estableciendo puntualmente que estos deben ser "guiados por el principio de proporcionalidad o razonabilidad". José Antonio Seoane, "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* 35, no. 209 (Enero 2004): 34, http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3081.

de velar "porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".[74]

Atender abiertamente en una notaría pública a todos los grados, tipos y porcentajes de discapacidad, no sólo sería un acto de irresponsabilidad profesional sino un verdadero atentado en contra del mismo discapacitado, de toda la sociedad y del prestigio del notariado ecuatoriano; sumado a la responsabilidad individual del notario que es lo que también está en juego con la decisión que tome.

Cabe recordar que los notarios son funcionarios públicos que dan fe en la celebración de actos y contratos, y entre los principios fundamentales de su accionar está el brindar seguridad jurídica de todo acto que se realice en una oficina notarial; y, además, responder administrativa, civil y penalmente por los daños y perjuicios que se ocasionen a los usuarios o a terceros.

Es que no se puede inobservar la responsabilidad del notario, quien debe considerar como elemento importante los regímenes de infracciones y sanciones que sabiamente dirigidos, buscan persuadir de manera especial que las instituciones de servicio, administración y justicia hagan efectivos para las personas con discapacidades, los anhelados principios de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de accesibilidad universal, pero también deben salvaguardar a los mismos notarios que llamados por toda la sociedad a garantizar la seguridad jurídica, pueden verse aprehendidos en una situación jurídica en la cual puedan ser denunciados y sancionados tanto por no garantizar el cumplimiento de los preceptos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; como en el caso de hacerlo, ser objeto de que terceros planteen denuncias administrativas, acciones penales o simplemente civiles. En estas últimas, de acuerdo con el Art. 44 de la Ley Notarial, las escrituras realizadas por personas incapaces no sólo son declaradas nulas, sino que conllevan a la destitución del Notario que la celebró.

Un caso muy palpable sucedió en el año 2019 en una Notaría de Guayaquil, donde una persona con el 35 % de discapacidad intelectual inicialmente no pudo realizar una escritura pública de venta con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por negativa de la fedataria asignada mediante sorteo. Obligada la persona con discapacidad a recurrir judicialmente para ser proveída de un curador, el juez que conoció la causa consideró que el porcentaje no justificaba el nombramiento de un curador, por lo cual tampoco podría realizar la venta deseada; y cuando finalmente acude a la Defensoría del Pueblo a denunciar la violación a sus derechos como consumidora, consigue hacer valer sus derechos violentados y la consecuente realización de la escritura solicitada.[75]

74 Numerales 5, Art. 12, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
75 Friend y Álava, "La capacidad jurídica," 142.

De este caso, lo más importante a considerar es que "por falta de claridad del ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre la capacidad de ejercicio de los discapacitados intelectuales, vulnera derechos constitucionales, lo cual en ninguna circunstancia debió ocurrir".[76]

La otra cara de la moneda sucedió en el Cantón Montecristi, en donde el Notario Público Primero realizó el 14 de enero del 2020 una escritura pública de procuración judicial que otorgaba la ciudadana Carmen D. con discapacidad psicosocial del 64%, a favor de su abogada, para la defensa de sus derechos en un proceso civil. La consecuencia fue una denuncia por fraude procesal presentada ante el Consejo Nacional de la Judicatura, por la abogada patrocinadora de la parte contraria. Disponiéndose la apertura del expediente investigativo N°. 13001-2020-0058, por "haberse incurrido en flagrante violación a la Ley Notarial, en el Art. 20 numeral 3, que prohíbe a los notarios autorizar escrituras públicas de personas incapaces".

El notario en su defensa sustentó la legalidad y validez de lo actuado, argumentando que dio trámite a la escritura de procuración judicial, en consideración a lo dispuesto en los Art, 1462 y 1463 del Código Civil. El primero establece la presunción legal de capacidad legal de toda persona; y el segundo determina quiénes son incapaces absolutos y relativos; así como lo tipificado en la Ley de Discapacidades y de manera especial en la Resolución 011-ST-2019, emitida por el Consejo Nacional para la igualdad de Discapacidades, publicada en el Registro Oficial N°435 de fecha 25 de febrero de 2019. Así mismo se aseveró que la incapacidad de la mencionada ciudadana no estaba comprobada, ya que no se había adjuntado sentencia ejecutoriada que determine incapacidad mental. Indicando además que un carné de discapacidad es emitido con el propósito de favorecer de beneficios, y no para declarar incapacidad legal.

La investigación administrativa concluyó declarando que examinadas las actuaciones del notario, se ha podido determinar que no se le podría atribuir responsabilidad, con respecto al hecho investigado.

Sin embargo, a pesar de la absolución de responsabilidad del fedatario, en este escenario jurídico los notarios no tienen la seguridad de no verse involucrados en denuncias y juicios por la falta de claridad en esta materia al momento de atender a un discapacitado intelectual o psicosocial.

En este punto, es importante resaltar que ni la Ley Orgánica de Discapacidad, ni su respectivo Reglamento, nada determinan respecto a algún tipo de parámetro sobre el ejercicio de la capacidad de obrar con relación a los grados de discapacidad intelectual o psicosocial, así como tampoco sobre los tipos de

76 Ibid.

actos o contratos que de acuerdo con el porcentaje de discapacidad pueden realizarse en las oficinas notariales.

Por ello, en materia de garantías de derechos fundamentales de ejercicio de obrar en disposiciones de bienes patrimoniales de los discapacitados y de garantía jurídica, cabría una interrogante: ¿Cuál es el peor de los males: negar la realización de un contrato dispositivo de dominio y la consecuente búsqueda de la curaduría y licencia judicial de enajenación de bienes, lo cual significaría demora de tiempo; o la inseguridad jurídica por el grado de afectación del que podría ser víctima un discapacitado, así como un subsecuente litigio jurídico al que se podrían ver expuestas tanto las mismas partes que celebraron el contrato como el fedatario que autorizó la escritura con la intervención de un discapacitado intelectual? La respuesta debe ser más garantista que lírica. No obstante, en ambos casos se genera un potencial conflicto. Por eso es importante contar con un panorama normativo más claro que la hasta ahora legislación incompatible, contradictoria y ambigua que tenemos.

Siendo así, los notarios aun no pueden hacer efectivo el Convenio internacional ni la Resolución 011-ST-2019, ni tampoco aplicar con discrecionalidad su criterio para determinar la viabilidad del servicio a un usuario con discapacidad intelectual y/o psicosocial, o la negativa por incapacidad jurídica.

No se trata de obstaculizar o restringir el trato y la atención de los derechos de los discapacitados psicosociales e intelectuales –ni mucho menos desacatar normas expresas ni disposiciones de organismos públicos– sino de que al no existir un ordenamiento jurídico claro, no se puede brindar un servicio eficiente y oportuno y sobre todo de seguridad jurídica, para todos los participantes e involucrados en los actos, contratos y negocios jurídicos que se celebran en una notaría pública del Ecuador.

De allí que al momento de legislar se hará necesario precisar la enfermedad que causa la discapacidad intelectual o psicosocial, grado, porcentaje y la determinación de los tipos de trámites que pueden realizar los discapacitados, porque no es lo mismo servir a un discapacitado intelectual con grado moderado en un trámite sin mayor trascendencia legal como son declaraciones juramentadas, posesiones efectivas, informaciones sumarias, reconocimientos de firmas para presentar a una institución pública, un contrato laboral o cualquiera de los trámites de jurisdicción voluntaria[77] que no generan obligaciones para quien comparece; a diferencia de aquellos cuya trascendencia abarca el nacimiento o extinción de importantes derechos de las personas como son los

77 Stalin Lucas y José Albert señalan que de las 38 atribuciones que tienen los notarios ecuatorianos, 25 son de jurisdicción voluntaria, las mismas cuya característica principal es la ausencia de contienda o controversias con terceros. Stalin Lucas y José Albert, "Las jurisdicciones voluntarias en el desarrollo de los sistemas notariales latinos de España, Ecuador e Iberoamérica", *en III Congreso Científico Internacional Sociedad del conocimiento: retos y perspectivas*, Ed. Roberto Passailaigue (Guayaquil: Universidad Ecotec., 2018), 2105, https://www.ecotec.edu.ec/content/uploads/investigacion/sociedad-del-conocimiento/2018-memorias-cientificas.pdf.

patrimoniales, hereditarios, etc.; tomando en cuenta que hay manifestaciones de voluntad que crean obligaciones en su emisor, de otras que generan ciertos derechos a su favor.[78]

Determinando estos parámetros legales en forma expresa y precisa, se va a permitir al notario público decidir en forma específica si en un trámite notarial solicitado por persona con discapacidad intelectual o psicosocial es apto para realizar dicho trámite. En España, por ejemplo, se establece en forma precisa los tipos y porcentajes para fines de protección del patrimonio de los discapacitados cuando determina que "A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento".[79] Este es un buen ejemplo para implantar en Ecuador.

2.9. Prospectiva de los derechos de los discapacitados en Ecuador

En base a lo hasta ahora analizado, el Estado ecuatoriano deberá urgentemente legislar en el ámbito notarial, para que se apliquen los derechos de ejercicio de la capacidad de obrar declaradas en el antes mencionado Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, distinguiendo con claridad aquellos actos que puedan dignificar y valorizar la voluntad de los discapacitados, debiendo observar muy prudentemente aquellos actos dispositivos para los cuales necesita imperiosamente no solo de un tutor, sino de autorización judicial, para proteger la seguridad jurídica y al mismo notario, quien deberá siempre actuar con sensatez y prudencia.

Para la adecuación en la normativa interna del Ecuador, de los anhelados derechos de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual grave que no involucre demencia ni incapacidad absoluta de gobernarse, se deberá dejar espacios para la realización de ciertos documentos autorizados por el notario, que bien puedan realizarse sin la presencia de un curador, como cuando se requiera documentación notariada para ayuda social o económica para el discapacitado, por ejemplo en el caso de recibir una legalización de un bien inmueble por parte de un GAD municipal, o cuando se requieren documentos como meras declaraciones juramentadas para la exoneración de un beneficio por discapacidad, entre muchos otros.

78 Nelly Alicia Taiana de Brandi, "Directivas anticipadas: ejercicio de la autonomía prospectiva en caso de discapacidad o incompetencia. El acto de autoprotección", *Perspectivas Bioéticas* 26-27, no. 14 (Febrero 2010): 117, http://ojsbioetica.flacso.org.ar/index.php/pb/article/view/14.

79 Artículo 2.2, Ley 41/2003 de España [Por medio de la cual se modifican las normas que regulan la protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad], publicada en el BOE. num. 277, 19 de noviembre del 2003.

Otra alternativa para viabilizar la vigencia de esta Convención internacional, bien podría ser el acompañamiento de una persona del entorno familiar en la realización de un documento notarial de baja o relativa transcendencia. El notario lógicamente debe procurar que se evite la influencia indebida o tomar la medida de evitar el acompañamiento de persona que tenga conflicto de intereses. Para ello, bien podría solicitar la presencia de algún otro familiar cercano, si lo hubiere.

Otro aspecto que se debería tomar muy en cuenta en la futura legislación ecuatoriana será la posibilidad de facultar al notario para que solicite la colaboración de especialistas del sector público y privado –como los psicólogos clínicos– que valoren la capacidad y grado de conciencia de personas con edad avanzada o con discapacidades intelectuales - psicosociales leves o moderadas, para que con los respectivos informes constituyan un documento referencial que respalde la actividad notarial.[80]

Sin embargo, hay que tener en cuenta que a pesar de la presencia del informe pericial o acompañamiento familiar en la suscripción del documento realizado por la persona discapacitada, por el sentido de responsabilidad notarial, el fedatario debe siempre tomar todas las medidas a su alcance para asegurarse de que el usuario preste su libre consentimiento y sea capaz para la realización de determinado acto, contrato o negocio jurídico.

Además, se deberá fortalecer la base de datos en el Sistema Informático Notarial, para que sea alimentado por varias instituciones a más del CONADIS, del Ministerio de Bienestar Social, e incluso por parte de los entes judiciales sobre resoluciones de discernimiento de tutores y curadores por incapacidad comprobada. Dicha base de datos deberá estar diariamente actualizada y mantenerse con acceso a los Notarios públicos, con la finalidad de permitirle al fedatario conocer verdaderamente la situación legal y la real capacidad de las personas que acuden a sus oficinas para la prestación de un servicio. En base a esto, se puede afirmar que se evitarían muchos procesos judiciales si se tomaran estas medidas.

3. Conclusiones

1. La ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de Ecuador, y la falta de legislación clara y precisa que ajuste este instrumento internacional a la normativa interna, hacen

80 Las leyes ecuatorianas actuales no establecen esta posibilidad en el ámbito notarial. Sin embargo, en la práctica algunos notarios ante la comparecencia de personas de muy avanzada edad, que bien pudieren padecer de enfermedades neurodegenerativa como el Alzhéimer, solicitan un examen facultativo que oriente al notario público. Sin embargo, en procesos judiciales, estos informes referenciales no eximen de la responsabilidad al notario.

que se obstaculice la atención en las notarías de los discapacitados intelectuales y psicosociales en actos unilaterales y de otros de mero trámite.

2. La presencia de un documento público, como el impreciso carné de discapacidad, que registra una discapacidad intelectual o psicosocial en un bajo o mediano porcentaje, deja aún plena duda al Notario público respecto a la capacidad y pleno conocimiento del acto o contrato que realiza un discapacitado psicosocial e intelectual, consecuentemente de poder servir oportunamente para que pueda disponer de bienes inmuebles de su propiedad, lo cual podría ser un perjuicio a una personas en tales condiciones de discapacidad.

3. Los términos discapacidad psicosocial e intelectual insertos en los carnés son imprecisos. De manera similar, en la legislación no se establecen con precisión queé "enfermedades mentales" conllevan al concepto de demente establecido en el Código Civil como causal de incapacidad absoluta; tampoco dejan claro los elementos para examinar la capacidad, entendimiento y conocimiento necesario para obligarse.

4. El Notario público ecuatoriano, en el diario ejercicio de sus funciones fedatarias, sin tener un mínimo de criterios médicos concretos de actuación, debe juzgar la capacidad y el conocimiento de lo que se obligan los comparecientes para cada acto jurídico específico. Para ello debe sustentarse en el subjetivo juicio personal que nace del corto y momentáneo diálogo personal, y de su experiencia para la valoración de la capacidad de los comparecientes. De la decisión que tome, finalmente recaerá en forma absoluta en su responsabilidad como fedatario público.

5. La evidente ausencia en la Ley de Discapacidades, en el Código Civil, y en la Ley Notarial ecuatoriana; de disposiciones claras para la realización de actos o contratos notariales por parte de discapacitados psicosociales e intelectuales, ocasiona contradicciones normativas entre la legislación interna, la Constitución de la República y la ratificada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lo que finalmente se trasluce en confusión en el servicio notarial y perjuicios en los derechos de estos ciudadanos de ser atendidos en las notarías ecuatorianas.

6. Esta carencia legislativa y contradicción normativa deja también desamparado al discapacitado intelectual o psicosocial con porcentaje moderado y leve, en franco perjuicio en trámites como mandatos de gestión, poderes para pleitos, para actos debidos, o para el cobro del bono de la dignidad por parte de un familiar; así como también en la sucesión de herencias o para la celebración de una escritura de cancelación de gravamen. En todos estos actos se requiere aún de un curador y de la autorización del juez,

solicitados ambos mediante trámites judiciales por separado, cuya demora evidentemente termina perjudicando al discapacitado.

7. El Estado ecuatoriano imperiosamente debe realizar los ajustes reales, razonables y prácticos no sólo conceptuales y orientativos, sino puntuales y específicos, tanto en el Código Civil como en la Ley Notarial, en materia de derechos y atención de los discapacitados intelectuales y psicosociales, que permita por un lado garantizar a estas personas –como a cualquier otro tipo de discapacitado– el ejercicio efectivo de sus derechos en la mayoría de áreas pero también puntualizar y delimitar por salud jurídica de ellos, de la sociedad ecuatoriana, del derecho ecuatoriano y del fedatario público, a fin de que se conserve en las notarías la plena vigencia tanto del derecho de los discapacitados como del principio esencial del derecho notarial: la seguridad jurídica.

8. En el Ecuador, garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas intelectuales y psicosociales constituye aun un desafío, especialmente en materia legislativa y en la práctica notarial.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



El Ecuador y su cumplimiento internacional en materia de derecho al medio ambiente sano a través de la incorporación de los principios internacionales del Derecho Ambiental en la normativa nacional. Avances y críticas

Regulatory Development of Environmental Law principles as a regulatory warranty for exercising rights related with the environment in Ecuador

Juan Andrés Trujillo Cárdenas*

Recibido / Received: 06/05/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2024

Citación:
Trujillo Cárdenas, J.A.. « El Ecuador y su cumplimiento internacional en materia de derecho al medio ambiente sano a través de la incorporación de los principios internacionales del Derecho Ambiental en la normativa nacional. Avances y críticas». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 43-75, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2267.

* Investigador independiente, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: juan_illo95@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/ 0000-0002-1231-3261

Resumen

En Ecuador, los principios internacionales del Derecho Ambiental se enuncian en la Constitución y se desarrollan en el Código Orgánico del Ambiente y su Reglamento. Esta investigación realiza un análisis cualitativo del desarrollo normativo de cada principio y de los convenios internacionales que Ecuador ha suscrito en materia ambiental, a fin de plantear una propuesta de clasificación entre principios cabalmente desarrollados, principios con desarrollo normativo insuficiente y principios sin desarrollo normativo o con normativa local regresiva. En conclusión, se encontró que el principio de acceso a información, participación y justicia no tiene desarrollo normativo en Ecuador; que el principio precautorio tiene normas regresivas; que tres convenios sobre el principio de cooperación no tienen desarrollo normativo local y que los principios de desarrollo sostenible, *in dubio pro natura*, mejor tecnología, solidaridad, reparación integral, tutela efectiva e imprescriptibilidad de la responsabilidad ambiental; tienen suficiente desarrollo normativo para ser aplicados en Ecuador.

Palabras clave

Derecho al ambiente; Principios del derecho ambiental; Derecho Ambiental

Abstract

In Ecuador, international principles of Environmental Law are set out in the Constitution and are developed in the Organic Environment Code and its Regulations. This research performs a qualitative analysis of the normative development of each principle and of the international conventions that Ecuador has signed in environmental matters in order to develop a proposal for classification between fully developed principles, principles with insufficient regulatory development and principles without regulatory development or with regressive local regulations. In conclusion, it was found that the principle of access to information, participation and justice has no normative development in Ecuador; that the precautionary principle has regressive rules and those three conventions on the principle of cooperation have no local normative development. On the other hand, it was found that the principles of sustainable development, in dubio pro natura, better technology, solidarity, comprehensive reparation, effective protection and imprescriptibility of environmental responsibility have sufficient normative development to be implemented in Ecuador.

Keywords

Environmental rights; International Principles of environmental law ; Environmental Law

1. Introducción

Desde el 2 de febrero de 2020,[1] el río Coca experimenta una erosión regresiva que el 7 de abril de 2020 causó la rotura de dos oleoductos, una carretera y un puente que une a Quito con Lago Agrio.[2] Este caso muestra que los derechos a un ambiente sano y de la naturaleza se siguen vulnerando, pese a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano aborda y regula gran parte de principios ambientales. Reclamar por ellos mediante garantías jurisdiccionales (que en el caso del derrame resultó negado), debería ser la última alternativa. Para garantizar el cumplimiento de los derechos, la Constitución de Ecuador plantea además de garantías jurisdiccionales, garantías normativas y políticas públicas que deberían ser las primeras alternativas de protección para reflejar la aplicación de los principios de prevención, de precaución y de tutela efectiva.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente plantea dieciséis principios marco que los estados deberían cumplir para respetar los derechos humanos y el ambiente y el desarrollo sostenible. Tres de estos principios marco están estrechamente ligados con la normativa ambiental local: los estados deben establecer y mantener normas ambientales sustantivas para que se respeten, se protejan y se ejerciten los derechos humanos; los estados deben garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales y deben cooperar entre sí para aplicar marcos jurídicos internacionales eficaces.[3] El cumplimiento de estos principios en el Ecuador es relevante dada la amplia biodiversidad del país.[4]

Verificar si la legislación ambiental local permite ejercer los derechos individuales, colectivos y de la naturaleza relativos al ambiente, es útil porque la contaminación prosigue y la población afectada puede sentirse igual de desprotegida que en la época en que no existía legislación ambiental.

1.1. Planteamiento del problema

Esta investigación expone cómo se han desarrollado los principios internacionales del derecho ambiental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para verificar si hay suficientes garantías normativas que permitan ejercer los de-

1 Antonio José Paz Cardona. "San Rafael: ¿Cómo la cascada más alta del Ecuador desapareció repentinamente el 2 de febrero?" Mongabay Latam. Recuperado de: https://es.mongabay.com/2020/02/cascada-san-rafael-desaparecio-en-ecuador/.

2 El Universo, "Puente en Napo colapsó por erosión regresiva del Río Coca". 23 de octubre de 2020. Recuperado de: https://www.eluniverso.com/noticias/2020/10/23/nota/8024584/puente-napo-colapso-erosion-regresiva-rio-coca.

3 John H. Knox, Informe Nº UN Doc. A/HRC/37/59, Relatorìa especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 23 de enero de 2018.

4 María Elizabeth Bravo Velásquez, *La Biodiversidad en el Ecuador,* Quito: Abya-Yala, 2014, p. 53-55.

rechos humanos ambientales y los derechos de la naturaleza. La novedad de la investigación estriba en que el marco normativo ambiental ha cambiado sustancialmente tras la entrada en vigor del Código Orgánico del Ambiente (2018) y su Reglamento (2019).

La hipótesis a validar es que la legislación vigente no es garantía normativa suficiente para que personas y naturaleza ejerzan sus derechos ambientales,[5] considerando los principios marco planteados por el informe A/HRC/37/59 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio y saludable.

2. Estado del arte

Desde la Declaración de Estocolmo de 1972, así como en distintas declaraciones e instrumentos internacionales, se reconoce a los estados la doble calidad de titulares de soberanía sobre sus recursos naturales y de responsables de su cuidado,[6] por lo que cada país regula su propia forma de cumplir con los derechos ambientales.

Mientras los distintos países han adoptado un enfoque ambiental, donde la naturaleza cumple un rol de entorno del ser humano, en el Ecuador se adoptó el de incorporar a la naturaleza como un titular de derechos subjetivos. Ambos enfoques tienen importante sustento teórico y permiten cumplir los principios internacionales del Derecho Ambiental.[7]

3. Marco teórico

El cuidado de la naturaleza parte de dos enfoques filosóficos. El más difundido y tradicional es ver al cuidado del ambiente como una forma de cuidar la vida humana. El más amplio ve a la persona como parte de un sistema donde interactúan otros seres vivos, las cosas inertes y los ciclos naturales. Conocer el enfoque de la protección a la naturaleza ayuda a resolver aspectos como solución de controversias o dónde asignar la prioridad en caso de duda. Al primer enfoque se lo ve desde la justicia ambiental, mientras que el segundo corresponde a una visión ecológica.

---

5 Se entiende por derechos ambientales a los derechos relacionados con la protección del medio ambiente. Cfr. John H. Knox, Informe Nº UN Doc. A/HRC/22/43, Relatoría especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 24 de diciembre de 2012.

6 Los principios I y II de la Declaración de Estocolmo de 1972 ven la naturaleza como instrumento para el desarrollo del ser humano, tanto de esta como de futuras generaciones.

7 Se entiende que un país cumple sus obligaciones en materia ambiental cuando su ordenamiento jurídico cumple los 16 principios rectores reconocidos en distintos instrumentos internacionales y que ha sintetizado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre ambiente, en su informe Nº UN Doc. A/HRC/37/59

3.1.1. Corriente antropocéntrica

La teoría antropocentrista fundamenta el pensamiento jurídico desde la Roma Antigua. La superioridad ontológica del ser humano se basa en la filosofía griega y en los fundamentos religiosos judeo-cristianos.[8] Esta visión antropocentrista protege al ambiente bajo un enfoque utilitarista: su protección busca satisfacer los derechos del ser humano,[9] como los derechos universales a la dignidad, la cultura, la salud y el bienestar.[10]

Este enfoque tiene como mayor ventaja el consenso universal de reconocer los derechos del ser humano, por ejemplo el reconocimiento del deber estatal de tomar medidas para asegurar la higiene del medio ambiente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.[11] A nivel continental, el derecho humano al ambiente está reconocido en el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en 1988.

Como se desprende de su propio nombre, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 tenía un enfoque ambiental, por tanto antropocentrista, al enfocar su Declaración en reconocer los derechos humanos a la libertad y el desarrollo, y califica de obligación al respeto a la naturaleza.[12] La Declaración de Río de 1992 también plantea la cuestión ambiental como un contexto del derecho humano al desarrollo que debería ser sostenible.

El respeto a la naturaleza es plenamente conciliable con un marco normativo de filosofía antropocéntrica, pues la Opinión consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar las múltiples dimensiones del derecho al ambiente, únicamente concluye que los Estados están obligados a respetar los principios internacionales del Derecho Ambiental.[13]

3.1.2. Corriente biocéntrica

Las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador tienen en cambio un enfoque ecológico.[14] Invocan a la *Paccha Mama* (madre naturaleza) desde su preámbu-

8 José Manuel Sánchez-Romero Martín-Arroyo, El antropocentrismo en la Ecologìa Occidental, en: *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura,* Nº 10. p. 54.

9 Jorge Francisco Aguirre Sala, La aportación de la hermenéutica a la bioética ambiental ante el dilema biocentrismo versus antroporcentrismo en la era de la globalización, en Acta Bioethica 2015, 21 (2): 240-241.

10 Mario Peña Chacón, Derecho Humano a un ambiente sano, un derecho humano *sui generis*, Diario Ambiental Nº 251/08/08. 2019.

11 Mario Peña Chacón, Derechos Humanos Ambientales, en: Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Nº 24, 2020, p. 25.

12 Convenio sobre Diversidad Biológica. Registro Oficial N° 647, 6 de marzo de 1995.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, recuperado de: https://www.corteidhh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm.

14 Frank Luis Mila Maldonado y Karla Ayerim Yánez Yánez, El constitucionalismo ambiental en Ecuador, en: *Actualidad Jurídica Ambiental*, Nº 97, 2020, p. 5.

lo y a lo largo de varias normas. Esta cosmovisión antepone un equilibrio de la vida, en respuesta al paradigma del crecimiento económico. El buen vivir plantea un consumo consciente, el respeto a la naturaleza, valorar los símbolos y pensamientos ancestrales y preocuparse por el bienestar de los demás.[15]

Reconocer derechos a la naturaleza proviene de la filosofía de la justicia ecológica, que pone a todas las especies en una condición de proporcional respeto. Zaffaroni plantea que "la necesaria contradicción entre el derecho humano al desarrollo (a la satisfacción de necesidades vitales o sobrevivencia) y el derecho al respeto a la naturaleza, revela que siempre habrá una doble cualidad de la naturaleza: tanto como sujeto de derechos como objeto de apropiación y explotación."[16]

Farith Simon critica la teoría de reconocimiento de derechos de la naturaleza "por no tener aplicación concreta distinta de los efectos que ya producían las instituciones jurídicas existentes: las obligaciones de protección, precaución, prevención, consulta y cooperación ya existían con el derecho humano al ambiente. Ningún efecto nuevo existe con el cambio de enfoque."[17] Esta crítica es utilitarista: plantea como único parámetro de valoración de una institución jurídica a los efectos de su cumplimiento. Se sabe que la norma jurídica tiene una triple calidad: hecho, valor y norma. Como hecho o incluso como norma, podrá tener los mismos efectos, pero la institución jurídica de los derechos de la naturaleza plantea un valor diferente, más horizontal frente a las otras especies.

En ambos enfoques de justicia, ecológica o ambiental, se encuentran posiciones moderadas o conciliadoras, y también los extremismos. Lorenzetti cuestiona al ecologismo extremo que propone una sociedad que sólo vive de lo que produce la naturaleza, sin alteración humana. Una visión así "no puede dar una solución a la pobreza ni a las demandas de miles de personas que, en todo el planeta, reclaman por mejores productos y servicios."[18] Del otro lado se podría decir lo mismo: que la visión ambientalista extrema podría verse como no sostenible en el largo plazo.

15 Gloria Alicia Caudillo Félix, "El buen vivir: un diálogo intercultural", *Ra Ximhai. Volumen 8 número 2.* (enero - abril 2012), 349-351.

16 Eugenio Raúl Zaffaroni. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: 2011.

17 Farith Simon Campaña. "Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?", en: *Iuris dictio, Año 13, Vol. 15.* (enero-junio 2013).

18 Ricardo Luis Lorenzetti y Pablo Lorenzetti. *Principios e instituciones del derecho ambiental.* Primera (Madrid: La Ley, 2019).

3.2. Sobre los principios internacionales del Derecho Ambiental

El ordenamiento jurídico internacional ha desarrollado principios que sirven para identificar si un Estado cumple con sus responsabilidades frente al ambiente. Estos principios se encuentran en la Declaración de Estocolmo de 1972 y en la Declaración de Río de 1992, así como en otros instrumentos. A nivel internacional, se ha desarrollado normativa y jurisprudencia sobre los siguientes principios:[19]

El principio de soberanía nacional sobre sus recursos naturales y deber de no causar contaminación transfronteriza. La titularidad soberana sobre bienes de la naturaleza data de la Convención de Londres de 1933 sobre fauna de África y aparece en la Convención de Ramsar sobre humedales, en el Convenio Internacional de Maderas Tropicales y en la Convención de Biodiversidad de 1992 y su Protocolo de Nagoya de 2010.[20]

Atado al principio de soberanía nacional, existe la responsabilidad de no causar contaminación transfronteriza, regla consuetudinaria de derecho internacional como ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el Tratado de Uso de Armas Nucleares, porque surge del principio de mantener la paz y de buena vecindad. Si hay contaminación, nacen los deberes de: avisar a tiempo, cooperar, evitar daños mayores y negociar de buena fe cualquier reparación. Este principio se ha enfrentado a cuestiones de extraterritorialidad cuando se trata de especies migratorias. Otro frente de conflicto en este principio es la jurisdicción sobre contaminación ambiental.

El principio de acción preventiva ya es parte del derecho internacional consuetudinario según las sentencias de los casos Iron Rhine y Pulp Mills. Este principio fundamenta la regularización ambiental de actividades económicas, según su nivel de riesgo y exige también tomar acciones tempranas antes o apenas ocurran daños. Se reconoce tanto en la Declaración de Estocolmo de 1972 como en la Declaración de Río de 1992 y en al menos 17 convenios de ámbitos como: pesquerías, contaminación química, riesgos naturales, contaminantes peligrosos y cambio climático.[21]

El principio de cooperación es una aplicación ambiental del artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece el deber de buena vecindad entre estados. Los principios 24 de Estocolmo y 27 de Río establecen este deber

19 Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra and Ruth MacKenzie. "General Principles and Rules". *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge UP, 2018. 198.

20 Ibíd., p. 203.

21 Ibíd., p. 211-215.

obligando a las partes a actuar de buena fe. También forma parte del preámbulo de casi todos los tratados internacionales, como la Convención de Viena o el Convenio de Londres de 1933.[22]

El principio de desarrollo sustentable consiste en el derecho de aprovechar los elementos de la naturaleza para lograr el desarrollo presente y futuro de cada país. Este principio incluye conceptos como la equidad intergeneracional y la necesidad de integrar enfoque ambiental en las decisiones económicas (principio integratorio).[23] Además de Estocolmo y Río, consta en el Convenio Marco sobre Cambio Climático, la Convención de Biodiversidad, y en otros convenios. La responsabilidad intergeneracional, en cambio, surge desde instrumentos internacionales como la Convención Ballenera Internacional de 1946, la Convención de Naturaleza de África de 1968 o la Convención de Patrimonio de la Humanidad de 1972.

El principio precautorio obliga a tomar medidas para prevenir contaminación inminente e inspira diversos convenios internacionales sobre control de contaminación en alta mar, así como la coordinación internacional para disminuir emisiones que perjudican la capa de ozono, particularmente la Convención de Viena de 1985 y su Protocolo de Montreal de 1987.[24]

En el Ecuador se conoce como responsabilidad objetiva al principio internacional de que quien contamina, paga. Apareció desde las Convenciones de París de 1960 y de Viena de 1963 sobre daños nucleares y ahora consta como principio 16 de la Declaración de Río de 1992. El alcance de este principio varía según normas regionales. La Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico, OCDE, por ejemplo, emitió en 1972 una recomendación de principios guía sobre políticas ambientales. Este principio aparece sólo como la obligación de financiar los costos del control ambiental, no los costos por daños que puedan producirse. En la Unión Europea, en cambio, se interpreta atribuyendo al contaminador la carga de reparación por daños ambientales.[25]

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas aparece como principio 7 de la Declaración de Río de 1992, pero surge del principio general del Derecho Internacional de equidad. La Convención Marco sobre Cambio Climático y el Acuerdo de París reflejan el mismo concepto. La responsabilidad común aplica para bienes o recursos ubicados en más de un territorio, como las especies migratorias, las aguas internacionales o los recursos biológicos genéticos del reino animal. El alcance de la responsabilidad de cada parte varía según cada recurso normado. En términos prácticos, la calidad diferen-

22 Ibíd., p. 214-217.
23 Ibíd., p. 221.
24 Ibíd., p. 231.
25 Ibíd., p. 240-243.

ciada otorga períodos de gracia, metas menos exigentes y financiamiento para países menos desarrollados.[26]

Para los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, estos principios se han desarrollado en la Opinión Consultiva OC-17/23 que identifica los siguientes deberes estatales en el ordenamiento jurídico internacional:[27]

1. Evitar causar daños transfronterizos.

2. Prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio.

3. Supervisar y fiscalizar actividades que puedan causar daños, realizar estudios de impacto ambiental y establecer planes de contingencia.

4. Aplicar el principio de precaución frente a posibles daños graves o irreversibles, aún en ausencia de certeza científica.

5. Cooperar de buena fe para proteger al ambiente.

6. Deberes transfronterizos de: notificar de actividades que puedan generar daños, de notificar emergencias ambientales y de negociar de buena fe en caso de daños.

7. Garantizar acceso a información ambiental significativa,

8. Deber de garantizar participación pública en decisiones con impacto ambiental.

9. Garantizar acceso a la justicia para proteger el ambiente.

Entonces puede afirmarse que donde se cumplen los principios internacionales del Derecho Ambiental, están protegidos los derechos ambientales.

En el Ecuador, estos principios fueron recogidos conforme se desarrollaba la legislación ambiental. La Ley de Reforestación Obligatoria incorporó en 1940 el principio de tutela efectiva.[28] La Ley de Prevención de la Contaminación incorporó el principio de responsabilidad objetiva (contaminador pagador).[29]

26 Ibíd. p. 244-247.

27 Mario Peña Chacón, "Derecho Humano a un ambiente sano, un derecho humano sui generis", en el blog de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional, https://www.acodicr.org/single-post/2019/07/29/derecho-humano-a-un-ambiente-sano-un-derecho-humano-sui-generis.

28 Pablo Ospina Peralta, *El surgimiento de las organizaciones estatales de control ambiental en el Ecuador* (1930-1960), en: Pablo Andrade, coord., La gobernanza ambiental en Ecuador, Quito: Corporación Editora Nacional, 2016, p. 63.

29 Decreto Supremo Nº 374, Registro Oficial Nº 97, 31 de mayo de 1976.

Una reforma constitucional de 1983 introdujo el derecho humano a vivir en un ambiente sano,[30] y en 1996 se reconoce el derecho al desarrollo sustentable.[31] Para 1998 se dicta una nueva Constitución que reconoce para pueblos y nacionalidades derechos sobre sus conocimientos ancestrales y a ser consultados sobre normas y proyectos que afecten su tierra y formas de vida.[32]

La Constitución del Ecuador de 2008 reconoce a la naturaleza como titular de derechos, establece un régimen de desarrollo sujeto a los límites biofísicos de la naturaleza y enumera los principios internacionales del derecho ambiental.

4. Principios internacionales del Derecho Ambiental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Se analizará el desarrollo de los principios del Derecho Ambiental en el Código Orgánico del Ambiente, en su Reglamento y en otras normas relevantes incluyendo los tratados ambientales suscritos por el Ecuador.

4.1. Desarrollo sustentable

Max Valverde Soto ha descrito que este principio propone que la finalidad de los esfuerzos de protección del medio ambiente es la satisfacción y mejoramiento de la condición humana. "De acuerdo con el enfoque antropocentrico, la protección de la vida silvestre y los recursos naturales no es una meta en sí, sino una necesidad para asegurar alta calidad de vida para los seres humanos." [33]

De esta manera, en un país de amplia biodiversidad, donde parte de su población se debate en la pobreza[34], el Ecuador aplica el principio de desarrollo sustentable según el Convenio sobre Diversidad Biológica.[35] Según la Constitución, es "sustentable" el desarrollo si existe equilibrio ambiental, respeto a la diversidad cultural, a la conservación de la biodiversidad, a la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y que sea intergeneracional.[36]

30 Reforma a la Constitución Política de la República. Registro Oficial N° 569, 1 de septiembre de 1983.
31 Reforma a la Constitución Política de la República. Registro Oficial N° 863 de 16 de enero de 1996.
32 Andrés Martínez Moscoso, "El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador*,* Estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente". En: *Actualidad Jurídica Ambiental N° 90,* 8 de abril de 2019.
33 Max Valverde Soto, "General Principles of International Enviromental Law",en ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol 3 (1996): 428.
34 Para 2019, 25% de la población sufre pobreza y 8,9% sufre pobreza extrema en Ecuador. Banco Central del Ecuador, Estadísticas macroeconómica, Octubre 2020. Recuperado de: https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/SectorReal/Previsiones/IndCoyuntura/IndiceEMcoyuntural.html, 32.
35 Registro Oficial N° 647. 6 de marzo de 1995.
36 Constitución de la República, art. 395.1.

Para el Código Orgánico del Ambiente, el desarrollo es sostenible cuando articula los ámbitos económico, social, cultural y ambiental. Además, el Código dispone que la distribución de los beneficios económicos y sociales sea justa y equitativa.[37]

4.1.1. Desarrollo sustentable en toda actividad: regularización ambiental y consumo responsable

El desarrollo sustentable tiene como principal herramienta de aplicación las políticas de regularización ambiental. El artículo 172 del Código Orgánico del Ambiente establece una escala de riesgo para la obtención de autorizaciones ambientales en consideración de actividades económicas de riesgo no significativo, de bajo riesgo y proyectos de mediano o alto impacto ambiental que deben obtener una licencia ambiental.

La noción de desarrollo sostenible abarca todas las actividades económicas pues el Ministerio de Ambiente puede fijar pautas para la producción y el consumo sustentable.[38] El Código aplica criterios de aprovechamiento sustentable para minimizar cargas contaminantes, preferir energía renovable y transferir tecnología.[39]

4.1.2. Actividad forestal

La actividad forestal tiene una regulación de desarrollo sustentable.[40] El Código Orgánico del Ambiente regula el aprovechamiento forestal sostenible y lo declara un sector económico de interés nacional.[41] En otros países, este sector se controla mediante autorregulación y participación ciudadana.[42]

4.1.3. Zona marino costera

En la zona marino costera[43] puede haber recreación, uso turístico, conservación, investigación y protección, desarrollo inmobiliario y demás actividades sujetas a licenciamiento ambiental[44] y a condiciones de manejo y de planifi-

37 Código Orgánico del Ambiente, art. 9.3, 30.6, 93.
38 Ibíd., art. 243 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 667-669.
39 Ibíd., art. 245.
40 Ibíd., art. 134.
41 Ibíd., art. 90, 93.6 y art. 119.
42 Nancy Tognola y Gabriela Camblong, La responsabilidad social empresaria en el sector forestal. El avance de la autorregulación y del control de la sociedad, en: Néstor A. Cafferatta, *"Derecho ambiental. Dimensión social"*, Santa Fe: Rubrizal-Culzoni, 2015, p. 708-740.
43 Comprende tres millas náuticas marinas y un kilómetro tierra adentro desde la línea de la marea más alta. Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 732.
44 Código Orgánico del Ambiente, art. 263.

cación.[45] Los recursos marinos deben aprovecharse de manera sostenible.[46] Para realizar actividades de acuicultura y pesca, se requiere concesión de cada embarcación[47] y cumplir lineamientos ambientales.[48]

4.1.4. Servicios ambientales

La Constitución de 2008 estableció una cuasi nacionalización de los servicios ambientales al reconocerlos pero prohibir su apropiación privada.[49] Estos servicios se clasifican en cuatro grupos:[50] de aprovisionamiento, de regulación, servicios culturales y servicios de soporte.

El principio de desarrollo sustentable fundamenta el financiamiento de las actividades de conservación, de manejo sostenible o de recuperación de ecosistemas.[51] Es decir, mientras el servicio ambiental es inapropiable y está fuera del comercio (por mandato constitucional), lo que se remunera son las actividades de conservación, manejo o recuperación.

4.1.5. Biodiversidad y recursos biológicos

La conservación de la biodiversidad aplica el principio de desarrollo sustentable al fijar como objetivo del Estado la regulación del acceso a recursos biológicos y su contribución al desarrollo del país.[52] En el Ecuador la propiedad no otorga derecho a acceder a los recursos genéticos o sus derivados,[53] sino que requiere autorización ministerial bajo cláusula expresa.[54]

4.1.6. Otras actividades con enfoque de desarrollo sustentable

El principio de desarrollo sustentable también regula el financiamiento frente al cambio climático,[55] percibir compensaciones por emisiones evitadas,[56] reali-

45 Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 731-765.
46 Código Orgánico del Ambiente, art. 275 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 768-778.
47 Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca. Registro Oficial N° 187. Suplemento. 21 de abril de 2020, art. 74 y 129.
48 Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 772.
49 Constitución de la República, art. 74.
50 Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 249.
51 Código Orgánico del Ambiente, art. 86.
52 Código Orgánico del Ambiente, art. 29 y art. 30 Nº 4, 5, 6, 7 y 9.
53 Ibíd. art. 72 y 73.
54 Ibíd. art. 74 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 215-216.
55 Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 701-711.
56 Ibíd. ,art. 725-731.

zar turismo en áreas protegidas[57] y sujeta la planificación territorial al objetivo de la protección ambiental.[58]

Además del Convenio de Diversidad Biológica, el Ecuador es suscriptor de tres instrumentos internacionales que reflejan el principio de desarrollo sustentable: Estrategia de Biodiversidad de Países del Trópico Andino[59], Convención Interamericana de Protección y Conservación de Tortugas[60] y Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.[61]

Ya que los tres instrumentos internacionales directamente relacionados con el principio de desarrollo sustentable encuentran suficiente normativa de aplicación, se concluye que el principio de desarrollo sustentable está suficientemente normado en el Ecuador.

4.2. In dubio pro natura

La perspectiva biocentrista de la Constitución de 2008 se concreta en el principio ambiental de adoptar la interpretación más favorable a la protección de la naturaleza cuando exista duda sobre alguna disposición legal. Este principio *pro natura* busca el respetar la naturaleza, sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

El principio *pro natura* se reflejó también en la consulta popular del 7 de mayo de 2011 que prohibió espectáculos públicos cuyo fin fuera dar muerte a animales, y en la mayoría de cantones del país obtuvo respaldo popular.[62] Estos 125 cantones debieron regular esta prohibición en máximo 180 días desde la publicación del Código, según la Disposición Transitoria Quinta.

En 2019 se reformó el Código Orgánico Integral Penal para tipificar el bestialismo, las lesiones permanentes, las peleas de animales y el maltrato, como delitos de acción privada.[63] El abandono de animales y su maltrato sin lesiones, son contravenciones penadas con horas de trabajo comunitario.[64] La ganadería en el Ecuador no tiene ninguna limitación distinta de países donde la naturaleza no tiene derechos. Se exige bienestar animal suficiente y regularización ambiental si su escala amerita.[65]

57 Ibíd., art. 156-160.
58 Código Orgánico del Ambiente, art. 26, 27, 28, 252, 262 y 271; y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 3.
59 Decisión 523 del Acuerdo de Cartagena. Registro Oficial N° 672 de 27 de septiembre de 2002.
60 Registro Oficial Suplemento N° 153 de 25 de noviembre de 2005.
61 Registro Oficial N° 423, 17 de septiembre de 2004.
62 De 220 cantones, 125 prohibieron espectáculos con la muerte de animales. Resolución del Consejo Nacional Electoral. Registro Oficial N° 490. Suplemento. 13 de julio de 2011.
63 Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 107. Suplemento. 24 de diciembre de 2019, art. 52.
64 Ibíd., art. 53.
65 Código Orgánico del Ambiente, art. 151.

El Código Orgánico del Ambiente introduce nuevas prohibiciones como la crianza de fauna silvestre exótica, el trabajo extenuante, los espectáculos circenses con animales, la experimentación industrial y cosmetológica, y la vivisección fuera de la educación técnica y superior.[66]

El trato a los animales se encuentra en cuatro instrumentos internacionales suscritos por Ecuador: la Convención Sobre Comercio Internacional De Especies Amenazadas[67] (CITES por sus siglas en inglés), el Convenio para la Conservación de la Vicuña[68] que regula el manejo local de esa especie y prohíbe su exportación, el Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña[69] que amplía su protección al prohibir la exportación de sus recursos biológicos, y la Convención sobre Especies Migratorias Silvestres, o Convenio de Bonn,[70] que enlista las especies migratorias protegidas y dispone a cada país proteger e investigar estas especies y compartir las investigaciones.

A excepción de CITES, todos estos convenios tienen un desarrollo normativo local insuficiente, lo que puede dificultar la aplicación de estos. Entonces la aplicación del principio *in dubio pro natura* depende de la autoridad que resuelva cada caso.

4.3. Precautorio

Max Valverde Soto menciona que gracias a este principio, un estado no tiene que esperar pruebas científicas de un posible daño para tomar acción, pues es común que la certeza científica puede ser tardía.[71] Cuando una actividad o la aplicación de una tecnología no dan certezas sobre el impacto ambiental que pueden causar a corto, mediano o largo plazo, es mejor adoptar medidas de protección para evitar potenciales daños ambientales. Este principio fue planteado por el filósofo Hans Jonas, quien insistía en que la supervivencia humana depende de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro.[72]

Antes de la Constitución de 2008,[73] el principio precautorio se invocaba en toda circunstancia, haya o no certeza científica.[74] En el actual Código Orgánico del Ambiente, aplica solo en caso de incertidumbre científica.[75] Se objeta suscribir acuerdos que menoscaben la conservación y manejo sustentable de la

66 Código Orgánico del Ambiente, art. 147.
67 Registro Oficial N° 746. 20 de febrero de 1975.
68 Registro Oficial N° 144. 4 de agosto de 1976.
69 Registro Oficial N° 226. 21 de abril de 1982.
70 Registro Oficial N° 256. 21 de enero de 2004.
71 Max Valverde Soto, "General Principles of Enviromental Law", ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol 3 (1996): 423.
72 Zlata Drnas de Clément, Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
73 Constitución de la República, art. 396.
74 Ley de Gestión Ambiental. Registro Oficial N° 418. Suplemento. 10 de septiembre de 2004, art. 19.
75 Código Orgánico del Ambiente, art. 5.9 y 9.7.

biodiversidad,[76] y la actividad extractiva en áreas protegidas y zonas intangibles, salvo autorización legislativa a pedido del Ejecutivo.[77]

El Código faculta a las autoridades ambientales a imponer medidas preventivas provisionales, que incluyen paralizar actividades o incluso clausurar establecimientos. Esta es la única norma procesal que aplica el principio de precaución al permitir decidir sin esperar a que la autoridad ambiental deba asegurarse de la gravedad del daño que enfrenta.[78]

El principio precautorio es la esencia del Protocolo de Cartagena de Seguridad de la Biotecnología,[79] pero el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente se aleja de este principio en tres puntos:

- El análisis de riesgo del artículo 232 se limita a riesgos para la salud humana.
- El análisis de efectos en el ecosistema debe limitarse a un tiempo concreto, según el artículo 234.
- El criterio del art. 235 literal b expresamente excluye la precaución: "La falta de conocimientos científicos o de consenso científico no se interpretará necesariamente como indicador de un determinado nivel de riesgo, de la ausencia de riesgo, o de la existencia de un riesgo aceptable".[80]

Esta normativa tiene un enfoque antropocéntrico, pues exige que la investigación se concentre en las consecuencias hacia seres humanos, y para el ecosistema sólo plantea un análisis de corto plazo.

Todo el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente se dictó sin participación ciudadana previa para su redacción. Esto significa que además de incumplir el principio precautorio en este punto, no se cumplió el principio de participación en la regulación ambiental.

4.4. Preventivo

Cuando se tiene certeza sobre el impacto que una actividad humana tendrá en el ambiente, pasamos a hablar del principio preventivo,[81] que dispone tomar medidas para prevenir los efectos negativos,[82] así como llevar un plan de ma-

76 Ibíd. art. 403.
77 Ibíd. art. 407.
78 Ibíd. art. 309.
79 Registro Oficial N° 145. 12 de agosto de 2003.
80 Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 235.b.
81 Pedro Luis López Sela y Alejandro Ferro Negrete, "Derecho ambiental", México: Ed. Iure, 2006, p. 93.
82 Código Orgánico del Ambiente, art. 9.8.

nejo y también un plan de cierre al finalizar las actividades en cuestión.[83] Este principio informa varias características del derecho humano al ambiente sano en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.[84]

Doce instrumentos internacionales suscritos por Ecuador tienen al principio preventivo como principal característica, de los cuales dos todavía no han tenido suficiente regulación local:

- La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación[85] exige establecer una autoridad nacional y definir metas voluntarias nacionales hacia la neutralidad en la desertificación. Hasta 2019, el Ministerio del Ambiente no había enviado la meta ecuatoriana.[86] El Código Orgánico del Ambiente sólo menciona como objetivo reducir la desertificación,[87] pero no tiene disposiciones más concretas.

- La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción[88] se relaciona con la prohibición general sobre toda sustancia prohibida por instrumentos internacionales, consta en el Código del Ambiente (art. 222) y con el delito de tenencia de este tipo de productos (COIP art. 362). No hay disposiciones sobre precursores ni está prohibida su investigación.

Existe amplio desarrollo normativo local sobre desechos peligrosos y especiales. Por un lado, el Código del Ambiente regula el manejo de desechos peligrosos (art. 235-242) y establece responsabilidad extendida a todo productor de desechos (art. 217, 225.2 y 233). Por otro lado, establece como delitos el manejo de desechos peligrosos sin autorización[89] y su tráfico ilícito.[90] Se puede concluir que están adecuadamente provistos los instrumentos internacionales:

- Convenio de Estocolmo Sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.[91]

- Convenio de Rotterdam.[92]

- Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.

83 Ibíd., art. 164.
84 Código Orgánico del Ambiente, art. 5 num. 3, 4, 5 y 12.
85 Registro Oficial N° 775 de 6 de septiembre de 1995.
86 Ministerio del Ambiente. Ecuador sus avances en su lucha contra la desertificación en encuentro internacional. 31 de enero de 2019. Recuperado de: https://www.ambiente.gob.ec/ecuador-presenta-sus-avances-en-su-lucha-contra-la-desertificacion-en-encuentro-internacional/.
87 Código Orgánico del Ambiente, art. 5.5, 118 y 121.
88 Registro Oficial N° 789 de 26 de septiembre de 1995.
89 Código Orgánico Integral Penal, art. 222.
90 Ibíd., art. 362.
91 Registro Oficial N° 381. 20 de julio de 2004.
92 Registro Oficial N° 425. 21 de septiembre de 2004.

Recientemente se completó la adhesión al Convenio de Minamata sobre el Mercurio,[93] que eleva las normas sobre minería, sector donde se aplican también las disposiciones del Código Orgánico del Ambiente que exigen licencia ambiental (art. 172-189), disponen responsabilidad extendida a productores de desechos (art. 217, 225.2 y 233) y regulan sobre sustancias peligrosas (art. 235-242).

El principio preventivo también se aplica al evitar las descargas contaminantes en el mar. La zona marino costera está ampliamente regulada en el Código Orgánico del Ambiente (art. 262-278) y las actividades marinas de mediano y alto impacto –tal como las actividades terrestres– están sujetas a licenciamiento ambiental (art. 172-189). Con toda esta regulación normativa y de planificación, pueden considerarse cabalmente normados los siguientes instrumentos internacionales sobre contaminación en el medio marino:

- Protocolo Complementario del Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el Combate contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por Hidrocarburos y otros Substancias Nocivas.[94]

- Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres.[95]

- Protocolo sobre Convenio para Prevenir la Contaminación por Buques.[96]

- Protocolo para la Conservación y Administración De Las Áreas Marinas Y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste.[97]

- Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radioactiva.[98]

- Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas.[99]

Considerando que diez de los doce instrumentos internacionales que aplican el principio preventivo tienen normativa suficiente, se concluye que el principio de precaución está debidamente regulado en Ecuador.

4.5. Solidaridad y responsabilidad integral

93 Registro Oficial N° 553. Suplemento. 28 de julio de 2015.
94 Registro Oficial N° 862. 28 de enero de 1988.
95 Registro Oficial N° 863. 29 de enero de 1988.
96 Registro Oficial N° 411. 5 de abril de 1990.
97 Registro Oficial N° 563. 8 de noviembre de 1994.
98 Registro Oficial N° 563. 8 de noviembre de 1994.
99 Registro Oficial N° 56. 7 de abril de 2003.

El artículo 397 de la Constitución dispone que el Estado actúe siempre de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas, y que ese gasto sea reclamado, vía acción de repetición, al agente contaminador. En su artículo 396 se asigna esta responsabilidad objetiva, que abarca tanto la inversión de la carga de la prueba así como la exclusión de exculpación a terceros a todo quien participe en cualquier etapa del proceso de producción, logística, comercialización y consumo.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD,[100] establece un régimen temporal de sustitución de la competencia en caso de que un gobierno autónomo descentralizado no tuviere capacidad de actuar en determinada materia, como la ambiental, de gestión descentralizada en principio. (art. 157-162) También establece un principio de cooperación entre distintos niveles de gobierno.

El principio de solidaridad está apenas mencionado, pero implícitamente inspira el diseño institucional del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental,[101] que se fundamenta en la coordinación interinstitucional y que asigna tareas concretas a cada nivel de gobierno.

En el concierto internacional, los países tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Cuando unos países emiten fluidos contaminantes superiores a su límite, deben resarcir mediante mecanismos de compensación de emisiones. El Ecuador es suscriptor de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático,[102] que engloba al Protocolo de Kioto, al Acuerdo de París y a otros instrumentos surgidos de las conferencias de las partes que se han celebrado en el marco de esta Convención. La regulación sobre cambio climático es abordada en el Código del Ambiente (art. 250-261) y en su Reglamento (art. 670-711).

El pago por compensación de emisiones es una forma de ejercer la solidaridad entre los países, pero también de aplicar responsabilidad integral de las naciones más contaminadoras. El financiamiento climático se aborda en el Código Orgánico del Ambiente (art. 260) y en su Reglamento (art. 701-707).

Los dos instrumentos internacionales que aplican principalmente el principio de solidaridad y reparación integral están desarrollados en la legislación nacional, de modo que se puede concluir que este principio sí tiene suficiente garantía normativa en el Ecuador.

100 Registro Oficial N° 303. Suplemento. 19 de octubre de 2010.
101 Constitución de la República, art. 399 y Código Orgánico del Ambiente, art. 12-28.
102 Registro Oficial N° 562. 7 de noviembre de 1994.

4.6. Reparación integral

En el caso ecuatoriano, la reparación integral es un principio que va junto a la responsabilidad ambiental objetiva e imprescriptible.[103] La mejor forma de asegurar un enfoque integral en la actuación de toda entidad pública es incorporar este enfoque en la planificación institucional. Por ello, el Código Orgánico del Ambiente dispone que se considere en la planificación de todas las instituciones públicas la prevención, control y seguimiento de la contaminación, y la reparación integral de todo daño no reparado en su territorio, lo que también aplica el principio de subsidiariedad.[104]

La comunidad internacional está revirtiendo el daño en la capa de ozono desde la aprobación del Convenio de Viena relativo a la protección de la capa de Ozono,[105] por la que se estableció el acuerdo internacional para reducir emisiones de gases. El Convenio de Montreal relativo a la protección de la capa de ozono,[106] establece de manera concreta los límites y los plazos hasta alcanzar la emisión cero de este tipo de gases. La única norma local necesaria para cumplir este compromiso internacional es el Acuerdo Ministerial N° 743 que fija cupos de sustancias agotadoras de la capa de ozono para distintas industrias.[107] Dado que el Ecuador ha cumplido su cuota en la reducción de gases, se puede concluir que el principio de reparación integral está suficientemente normado.

4.7. Tutela efectiva y responsabilidad objetiva

El Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental ejerce la defensoría del ambiente y de la naturaleza.[108] La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo[109] permite al Defensor del Pueblo plantear acciones administrativas y judiciales en protección de los derechos de la naturaleza. La ciudadanía en general tiene derecho de presentar acciones legales y exigir a las autoridades tutela efectiva en materia ambiental, según el artículo 397 de la Constitución.

El Código Orgánico General de Procesos prescribe la forma de comparecer de ciudadanos que busquen la defensa en vía jurisdiccional de la naturaleza.[110] El Código Orgánico Administrativo establece el procedimiento para reclamar indemnizaciones cuando por motivos extracontractuales la Administración Pública irroga un daño a un particular, lo que puede incluir también daños

103 Constitución de la República, art. 396.
104 Código Orgánico del Ambiente, art. 164.
105 Registro Oficial N° 397. 16 de marzo de 1990.
106 Registro Oficial N° 400. 21 de marzo de 1990.
107 Registro Oficial N° 204. 15 de marzo de 2014.
108 Constitución de la República, art. 399.
109 Registro Oficial N° 481. Suplemento. 6 de mayo de 2019.
110 Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial N° 506, Suplemento. 26 de junio de 2019, art. 38.

ambientales, sean ocasionados por el Estado, o con omisión de su control, o para reparación subsidiaria del Estado.[111]

El Ecuador cumple el principio de tutela efectiva al declarar de interés público la preservación del ambiente, la conservación del ecosistema, la prevención y recuperación del daño ambiental.[112] Este principio del Derecho Ambiental explica que el Sistema Nacional de Áreas Protegidas abarque no solo bienes de dominio público sino también propiedades privadas o comunitarias.[113]

4.7.1. Tutela efectiva

Para asegurar que la tutela sea efectiva, el Código dispone a cada nivel de gobierno incluir en su planificación variables útiles de calidad ambiental como el manejo forestal, el cambio climático, la conservación de la biodiversidad, las formaciones vegetales naturales, el arbolado urbano, la prevención, control y reparación ambiental y la cuestión marino costera.[114]

4.7.2. Responsabilidad objetiva

Para tutelar el ambiente, el Ecuador asigna al operador la responsabilidad objetiva por cualquier contaminación.[115] Por tanto, al existir daño ambiental se invierte la carga de la prueba, y al causante le corresponde demostrar no haber daño o la responsabilidad de terceros.[116] La única forma de que el causante no sea responsable si participó un tercero, sería si tal tercero no tiene ninguna relación contractual con el operador.[117]

El principio de responsabilidad objetiva también fundamenta la obligación de regularización ambiental y de modificación del proyecto en caso de regularización complementaria.[118] Este principio se desarrolló en el Acta Única Europea de 1986.[119]

Tres convenios ha suscrito el Ecuador en relación al principio de tutela efectiva, que encuentran en el Código Orgánico del Ambiente y su Reglamento suficiente regulación para su aplicación:

111 Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial N° 31. Suplemento. 7 de julio de 2017, art. 330-344.
112 Constitución de la República, art. 14.
113 Código Orgánico del Ambiente, art. 50.
114 Código Orgánico del Ambiente, art. 26.11, 27.14, 28.4, 29, 30.11, 89, 105, 152, 164, 284.6, 252, 262.
115 Ibíd., art. 397.1.
116 Ibíd., art. 173, 290-296.
117 Ibíd., art. 308.
118 Ibíd., art. 172-176.
119 Pedro López y Alejandro Ferro, Op. Cit., p. 95.

- La Convención para Protección de La Flora de los Países de América establece las áreas protegidas con sus distintas categorías, conforme al Código (art. 33-63).[120]

- El Convenio Sobre Humedales de Importancia Internacional (Ramsar)[121] protege 18 humedales de la zona marino costera, que están regulados en el Código (arts. 262-278).

- El Convenio con Argentina en Materia de Medio Ambiente[122] únicamente plantea cooperación en investigación científica y adhiere al criterio argentino sobre la Antártida.

Los convenios internacionales inspirados en el principio de tutela efectiva tienen suficiente regulación nacional, por lo que se concluye que este principio está cabalmente normado.

4.8. Imprescriptibilidad de la responsabilidad ambiental

La responsabilidad por daño ambiental, además de ser objetiva, no prescribe nunca según la Constitución, y por tanto no prescriben las acciones de repetición cuando el Estado haya acudido de manera urgente y subsidiaria a evitar un daño mayor o a reparar un daño ocasionado. En armonía con la responsabilidad objetiva ambiental, la Constitución dispone que tal responsabilidad no prescribe nunca,[123] tanto en materia penal[124] como en materia administrativa y civil.[125]

En el derecho internacional, la responsabilidad objetiva se relaciona con los daños ocasionados desde naves y aeronaves. Por eso, este principio halla su correlación en tres convenios sobre contaminación marítima ocasionada por naves, que prescriben obligaciones de la nave responsable ante el país del puerto más cercano o que tenga soberanía si la nave está en aguas territoriales:

- Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos.[126]

- Convenio Internacional relativo a la Intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por Hidrocarburos.[127]

120 Registro Oficial N° 990. 17 de diciembre de 1943.
121 Registro Oficial N° 33. 24 de septiembre de 1992.
122 Registro Oficial N° 217. 23 de junio de 1993.
123 Constitución de la República, art. 396.
124 Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180. Suplemento. 10 de febrero de 2014, art. 16.4.
125 Código Orgánico del Ambiente, art. 302-305.
126 Registro Oficial N° 56. 7 de abril de 2003.
127 Registro Oficial N° 153. 25 de noviembre de 2005.

- Convenio Internacional sobre Responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.[128]

Es llamativo que para regular la contaminación en un espacio tan grande como el mar territorial y con grandes amenazas en los últimos años, no haya existido mayor regulación aparte de las normas sobre la zona marina costera, que las que trae el Código[129] y su Reglamento General.[130] Dado que estos convenios requieren normas detalladas como la responsabilidad de cada puerto o los procedimientos para emitir disposiciones o realizar inspecciones, se puede concluir que las normas nacionales actuales no son suficientes para garantizar este principio de responsabilidad objetiva.

4.9. Mejor tecnología disponible y mejores prácticas ambientales

En el caso ecuatoriano, la Constitución llega a detallar las mejores tecnologías en términos ambientales. Prohíbe armas químicas, biológicas y nucleares, tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos modificados genéticamente que perjudiquen la salud, la soberanía alimentaria o los ecosistemas,[131] mientras que promueve la energía renovable, el uso racional del agua, la reducción, reciclaje y tratamiento de desechos sólidos y el transporte no motorizado.[132]

Inspirado en el principio de mejor tecnología y prácticas, el constituyente prohibió en su totalidad las armas nucleares (art. 15), elevando a nivel constitucional las prohibiciones ya vigentes cuando el Ecuador se adhirió a los siguientes tratados:

- Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares.[133]
- Tratado de No Proliferación Nuclear.[134]

Dado que estas prohibiciones se han cumplido sin necesidad de mayor desarrollo normativo, se considera que se cumple en Ecuador el principio de mejor tecnología disponible y mejores prácticas ambientales.

128 Ibíd., 26 de diciembre de 2012.
129 Código Orgánico del Ambiente, art. 262-278.
130 Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 731-749.
131 Constitución de la República, art. 15.
132 Ibíd., art. 413-315.
133 Registro Oficial N° 61. Edición constitucional. 11 de septiembre de 2018.
134 Registro Oficial N° 95. 16 de enero de 1969.

4.10. Acceso a información, participación y justicia

Se ha mencionado que la participación como principio es importante no solo como un instrumento distributivo, sino también como un instrumento de prevención mediante el control democrático en la toma de decisiones en materia ambiental[135].

Es así como el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 compromete a los estados a impulsar la participación ciudadana, en el nivel correspondiente. Para ello es fundamental el acceso a la información pública en materia ambiental. La Constitución consagra el derecho a su acceso, permite demandar judicialmente e incentiva la participación ciudadana en todo el ciclo de la política pública. La consulta previa en materia ambiental está reconocida constitucionalmente, desarrollada en el Código y detallada en su Reglamento.[136]

El Código Orgánico del Ambiente reconoce los derechos a participar y a acceder a información en materia ambiental, así como la consecuente obligación estatal.[137] La principal herramienta de participación ciudadana a nivel de regulación son los organismos consultivos: un consejo ciudadano sectorial del Ministerio del Ambiente y consejos consultivos locales.[138]

En cuanto al aprovechamiento específico para pueblos y nacionalidades, les asiste derecho al aprovechamiento del biocomercio, a habitar y aprovechar la cobertura forestal y demás componentes de las zonas de páramo, moretal, manglar; así como de las áreas del subsistema comunitario del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, incluyendo la cacería; lo que implica el deber del Estado de proteger los conocimientos ancestrales y su relación con los recursos genéticos.[139]

Para que la ciudadanía pueda conocer sobre el cumplimiento de las normas ambientales, el registro de sanciones debe ser público.[140] Cualquier persona puede presentar denuncias por daño ambiental, tanto ante las autoridades administrativas que integran el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental como ante las autoridades penales.[141] No existe calificación de malicia ni temeridad en denuncias administrativas, como sí lo hay en el ámbito penal.[142]

---

135 Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, "International Environmental Law", en *International Environmental Law*, Primera Edición (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2018), 55.

136 Constitución de la República, art. 18, 91, 95 y 398, Código Orgánico del Ambiente, art. 184 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 462-481.

137 Código Orgánico del Ambiente, art. 5.1 y 5.10, 7, 8.4 y 8.7, 9.6, 30.6.

138 Ibíd., art. 18 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 35-41.

139 Ibíd., art. 30.10, 45, 50, 70, 81, 96, 99, 101, 103, 109-110, 137 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 61-81, 84, 93, 102-103, 154, 211-212, 222, 263, 336, 471,

140 Ibíd., art. 301 y Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, art. 826-829.

141 Ibíd., art. 202, 304, Código Orgánico Integral Penal art. 421-431 y Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial N° 31. Suplemento. 7 de julio de 2017, art. 187.

142 Código Orgánico Integral Penal, art. 271.

Cinco instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador tienen por característica principal el acceso a la información, pero ninguno ha tenido ningún desarrollo normativo, por lo que el principio de acceso a información y participación no tiene regulación suficiente en nuestro país: el Tratado Antártico[143], el Convenio de Creación del Instituto Interamericano para la Investigación del Cambio Global,[144] el Protocolo al Tratado Antártico Sobre Protección del Medio Ambiente.[145]

En este caso, no puede considerarse bien regulado el principio de acceso a información y participación porque los tratados internacionales sobre investigación no tienen reglamentación suficiente para ser cumplidos, con excepción del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

4.11. Cooperación

Max Valverde Soto ha descrito que la mayoría de los tratados internacionales ambientales han visto la necesidad de implementar la cooperación en generar e intercambiar información científica, económica, comercial y técnica, y menciona al deber de cooperar como no absoluto ya que puede encontrar trabas como patentes. [146]

Los principios 7 y 19 de la Declaración de Río de 1992 abordan la cooperación entre países para el desarrollo y para solucionar problemas ambientales. Las instituciones públicas tienen una obligación general de cooperar entre sí para alcanzar sus respectivos objetivos.[147] Este principio también se encuentra en el principio 24 de la Declaración de Estocolmo.[148]

La coordinación internacional se refleja en los planes supranacionales, fronterizos o regionales, según la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo.[149] En cuanto a coordinación nacional, el Código Orgánico del Ambiente establece casos concretos que requieren la cooperación de más de una institución. Tres convenios internacionales se fundamentan en el principio de cooperación, pero no se aplican por no tener ningún desarrollo nacional relevante: el Convenio de la Unión Internacional para Conservación de la Naturaleza[150], el Convenio para Protección del Medio Ambiente en el Pacífico Sudeste y el Convenio de Cooperación en el Área de Medio Ambien-

143 Registro Oficial N° 823. 2 de diciembre de 1987.
144 Registro Oficial N° 188. 6 de noviembre de 1997.
145 Registro Oficial N° 228. 20 de diciembre de 2000.
146 Max Valverde Soto, "General Principles of Enviromental Law", en ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol 3 (1996): 420.
147 Constitución de la República, art. 226 y Código Orgánico del Ambiente, art. 8.1.
148 Pedro López y Alejandro Ferro, "Derecho ambiental", México: Ed. Iure, 2006, p. 94.
149 Registro Oficial N° 790. Suplemento. 5 de julio de 2016.
150 Registro Oficial N° 213. 28 de diciembre de 1972.

te con Paraguay.[151] Ecuador debería aprovechar estos convenios para ejercerlos e incrementar la cooperación con los demás países suscriptores.

En definitiva, todos los once principios internacionales del Derecho Ambiental analizados en esta investigación encuentran algún grado de desarrollo normativo en el Código Orgánico del Ambiente, su Reglamento u otras normas. De su lado, de los 43 instrumentos internacionales ambientales que obligan a Ecuador, 19 tienen desarrollo normativo suficiente, otros 23 tienen poco o ningún desarrollo normativo y en el caso del principio precautorio, el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente contiene normas regresivas en materia de bioseguridad.

5. Discusión

A partir de la investigación realizada, se presentarán los resultados mediante una gráfica de semáforo donde se muestra en rojo aquel principio con desarrollo normativo local regresivo, en amarillo los principios que sí tienen desarrollo normativo, pero insuficiente o que requieren mayor regulación. Finalmente, se ubican en verde aquellos principios que no requieren ni reforma ni creación normativa alguna, porque su regulación actual es suficiente.

La efectividad de las normas ambientales requiere un ordenamiento jurídico ordenado y no contradictorio; políticas, normas y jurisprudencia que no sean regresivas; participación ciudadana en la elaboración de normas, enfoque basado en derechos para dicha normativa, jurisdicción ambiental especializada, solución alternativa de conflictos, régimen de daños bien reglado, criterios claros de interpretación, derechos de acceso fortalecidos e institucionalidad ambiental fuerte.[152]

Imagen 1

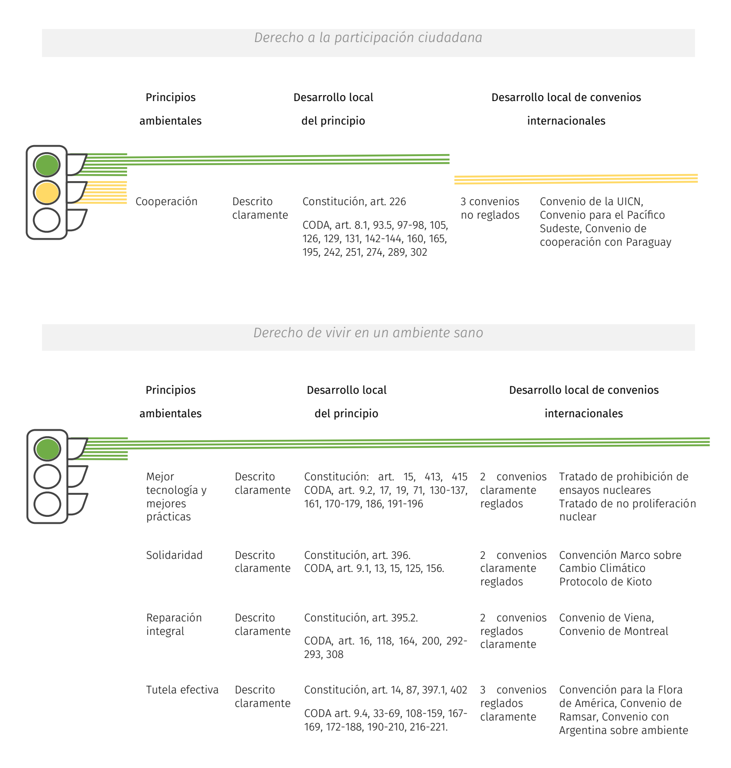
Garantías normativas en el Ecuador de principios internacionales del Derecho Ambiental

Derecho colectivo a consulta previa

Principios ambientales		Desarrollo local del principio	Desarrollo local de convenios internacionales	
Acceso a la información, participación y justicia (sección consulta previa libre e informada)	No hay acceso sencillo a información Normas no dialogadas	Constitución, art. 57. CODA, art. 18, 35.2, 45, 70, 85, 96, 100, 103, 109-110, 315.	Reglas de consulta previa e informada no han sido consultadas previamente	Convenio 169 OIT

151 Registro Oficial N° 643. 28 de julio de 2009.

152 Mario Peña Chacón, *"El camino hacia la efectividad del Derecho Ambiental"*, en: Innovare, revista de ciencia y tecnología, Vol. 5, Núm. 1, San José, Unitec, 2017, p. 40-46.



Fuente: Elaboración propia a partir de esta investigación.

El principio de acceso se comprende a nivel internacional como una obligación ambiental de procedimiento, es decir, habilitante para acceder al ejercicio de otros principios, y se compone de tres facetas: el acceso a información pública relativa al ambiente, el acceso a la participación pública en la deliberación de normas y política pública, y facilitar acceso a recursos judiciales para reclamar por daños ocasionados.[153]

En aplicación del principio precautorio, la Constitución prohíbe armas químicas, nucleares, contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, biotecnologías riesgosas o experimentales, actividades extractivas en áreas protegidas y zonas intangibles. El Protocolo de Cartagena aplica el principio precautorio en bioseguridad. Sin embargo el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente dispone que no se aplique el principio precautorio en los estudios para atender solicitudes de autorización legislativa para organismos genéticamente modificados, por lo que la normativa local es regresiva.

El principio de cooperación fundamenta todo el concepto de Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental. Sin embargo, los tres convenios

153 John H. Knox, Informe Nº UN Doc. A/HRC/34/49, Relatoría especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 19 de enero de 2017.

internacionales que aplican el principio de cooperación no están siendo aplicados, incluyendo convenios entre países ribereños del Océano Pacífico, que permitirían un mejor control sobre hechos contaminantes en alta mar. En consecuencia, este principio tiene un cumplimiento parcial.

El principio de mejor tecnología y mejores prácticas tiene una aplicación cabal en el país, pues el licenciamiento ambiental, los incentivos y registros de información son mejores prácticas. Los únicos convenios relacionados con mejor tecnología son los de prohibición nuclear, que no requieren regulación al estar prohibidos. Por tanto, este principio está cabalmente normado en el país.

Imagen 2

Derechos de la naturaleza

Principios ambientales	Desarrollo local del principio		Desarrollo local de convenios internacionales	
Imprescriptibilidad de la responsabilidad ambiental	Descrito claramente	Constitución, art. 395 CODA art. 9.9, 10-11	3 convenios claramente reglados	Convenio contra la contaminación por hidrocarburos, Convenio de intervención en alta mar, Convenio de responsabilidad civil
In dubio pro-natura	Descrito claramente	Constitución, art. 395.4 CODA, art. 9.5, 138-147, 161.	CITES está reglamentado	CITES Conservación de la Vicuña Convenio de BONN
Desarrollo sustentable	Descrito claramente	Constitución, art. 395.1 CODA, art. 9.3, 29-31, 72-73, 80-81.	3 convenios reglamentados	Estrategia países del trópico andino Convención de protección de tortugas Tratado sobre recursos fitogenéticos para agricultura
Preventivo	Descrito claramente	Constitución, art. 15, 396.1, 397, 401 CODA, art. 9.8, 34, 59, 88-92, 128, 162, 181-182, 190, 192-198, 211-229.	6 convenios marinos y 4 convenios de desechos reglados debidamente 2 convenios no reglados	Convención contra la Desertificación, Convención contra armas químicas, Convención de Estocolmo, Convenio de Rotterdam, Convención de Basilea, Convenio de Minamata

Fuente: Elaboración propia a partir de esta investigación.

Al interior del país, el principio de solidaridad tiene una regulación normativa local suficiente, porque el Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental contempla este principio. Su grado de efectividad depende de factores adicionales, como se resumió al inicio de la discusión.

De cara al exterior, la solidaridad y la responsabilidad común diferenciada se expresan en la Convención Marco de Cambio Climático y en el Protocolo de Kioto. En el caso del Ecuador, estos instrumentos internacionales se están

aplicando y han representado ingresos para el Fondo Nacional de Gestión Ambiental.

En el Ecuador, el principio de reparación integral se aplica a través de la regla de imprescriptibilidad de la responsabilidad ambiental en las vías civil, penal y administrativa. Cuando las entidades públicas realicen reparación de daños ambientales por responsabilidad propia o subsidiaria, deben reparar integralmente.

A nivel internacional, los Convenios de Viena y Montreal sobre reparación de la capa de ozono han visto el cumplimiento de las metas por parte del Ecuador en los primeros años, bastando solamente un Acuerdo Ministerial N.º 743, por lo que este principio se está cumpliendo.

En búsqueda de tutelar efectivamente a la naturaleza, el ordenamiento jurídico ecuatoriano asigna al Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental la representación de la naturaleza, a la Defensoría del Pueblo capacidad de accionar al sistema y además, concede acción popular para que cualquier persona pueda denunciar daño ambiental. También invierte la carga de la prueba si ya ocurrió el daño. La declaratoria de interés público de la preservación del ambiente es otra forma de tutela efectiva. Al incluir actividades ambientales y de remediación en la planificación de cada nivel de gobierno se aplica la tutela efectiva. Finalmente, los convenios internacionales basados en la tutela efectiva no necesitan normativa legal para aplicarse en el país.

La disposición constitucional que generó imprescriptibilidad de la obligación ambiental encuentra su desarrollo en distintas leyes que describen este principio tanto en los ámbitos penal, como civil y administrativo sancionador.

El principio *in dubio pro natura* se aplica cuando exista duda sobre el alcance o la aplicación de determinada norma ambiental. A los animales se les deben respetar libertades mínimas y garantizarles bienestar conforme al destino que se les dé (compañía, trabajo, transporte, alimentación o vida silvestre).

La Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas (CITES) tiene sus normas de aplicación nacional en el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, pero las convenciones sobre vicuñas y el Convenio de Bonn sobre especies migratorias silvestres no tienen ninguna normativa infralegal concreta.

En el Ecuador, la característica sustentable del desarrollo no es un concepto jurídico indeterminado, sino que el art. 395.1 de la Constitución la describe como respetuosa del equilibrio ambiental y la diversidad cultural, que conserva la biodiversidad y la regeneración de los ecosistemas.

Las actividades económicas cumplen el principio de desarrollo sustentable si obtienen el licenciamiento ambiental que les corresponde según el art. 172 del Código Orgánico del Ambiente. Solo se prohíbe la actividad económica con sustancias prohibidas, desechos peligrosos o armas nucleares. Las actividades extractivas están prohibidas en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y en zonas intangibles. Además, la minería está prohibida en zonas de origen del agua y en zonas urbanas tras la consulta popular del 4 de febrero de 2018.

Los tres instrumentos internacionales sobre desarrollo sustentable tienen suficiente legislación local para aplicarse en Ecuador por lo que este principio está debidamente abordado.

El principio preventivo se aplica con medidas para actividades económicas, proyectos y obras con efecto mediano o alto en el ambiente . Deben obtener licencia ambiental, presentar un plan de manejo cuyo cumplimiento se verifica periódicamente y estar sujetos a inspecciones ambientales y monitoreo con participación ciudadana.

Hay once instrumentos internacionales directamente relacionados con el principio preventivo. Los seis protocolos sobre contaminación en el medio marino tienen suficiente desarrollo infralegal, inclusive a través de un Plan de Ordenación del Espacio Marino Costero. Los cuatro convenios sobre manejo de desechos y otros materiales peligrosos tienen detallado desarrollo normativo, desde el Código Orgánico del Ambiente hasta un programa nacional para manejo de sustancias químicas en su ciclo de vida.

Si mostramos solamente los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, organizados en orden de cumplimiento, podemos encontrar la siguiente distribución, según esta clasificación:

- Verde: Convenios vigentes y que no requieren más normativa interna para ser aplicados.
- Amarillo: Convenios vigentes pero requieren normativa interna para ser aplicados a cabalidad.
- Rojo: Convenio con norma local regresiva.

Tabla 1

Instrumentos internacionales relacionados a cada principio de Derecho Ambiental

Instrumento	Principio central
Protocolo de Cartagena, Seguridad de La Biotecnología	Precautorio
Tratado Antártico	Acceso a información
Convenio de creación del Instituto Interamericano para la Investigación del Cambio Global	Acceso a información
Protocolo al Tratado Antártico Sobre Protección Del Medio Ambiente	Acceso a información
Convención Internacional de Protección Fitosanitaria	Acceso a información
Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias	Acceso a información
Convenio de la Unión Internacional para Conservación de la Naturaleza	Cooperación
Convenio para Protección del Medio Ambiente en el Pacífico Sudeste	Cooperación
Convenio de Cooperación en el Área de Medio Ambiente con Paraguay	Cooperación
Convenio para la Conservación de la Vicuña	In dubio pro natura
Convenio para la Conservación y Manejo de La Vicuña	In dubio pro natura
Convención sobre Especies Migratorias Silvestres	In dubio pro natura
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción	Preventivo
Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la Desertificación	Preventivo
Convenio de Minamata sobre el Mercurio	Preventivo
Convenio de Viena Relativo a la Protección de la Capa de Ozono	Reparación integral
Convenio de Montreal Relativo a la Protección de la Capa de Ozono	Reparación integral
Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos	Responsabilidad objetiva
Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Accidentes que causen una contaminación por Hidrocarburos	Responsabilidad objetiva
Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos	Responsabilidad objetiva

Convención sobre el Derecho del Mar	Responsabilidad objetiva
Estrategia de Biodiversidad de Países Del Trópico Andino	Desarrollo Sustentable
Convención Interamericana De Protección y Conservación de Tortugas	Desarrollo Sustentable
Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura	Desarrollo Sustentable
Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas	In dubio pro natura
Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares	Mejor tecnología
Tratado de No Proliferación Nuclear	Mejor tecnología
Protocolo Complementario del Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el Combate contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por Hidrocarburos y otras Substancias Nocivas	Preventivo
Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres	Preventivo
Protocolo sobre Convenio para Prevenir la Contaminación por Buques	Preventivo
Protocolo para la Conservación y Administración De Las Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste	Preventivo
Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste contra la Contaminación Radioactiva	Preventivo
Convenio de Rotterdam	Preventivo
Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación	Preventivo
Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas	Preventivo
Convenio De Estocolmo Sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes	Preventivo
Convención Marco de Las Naciones Unidas Sobre Cambio Climático	Solidaridad y reparación
Protocolo de Kioto	Solidaridad y reparación
Convenio sobre Diversidad Biológica	Todos
Convención para Protección de la Flora de los Países de América	Tutela efectiva

Convenio sobre Humedales de Importancia Internacional (Ramsar)	Tutela efectiva
Convenio con Argentina en Materia de Medio Ambiente	Tutela efectiva

Fuente: Elaboración propia a partir de normativa legal vigente en materia ambiental

Tenemos reglados de manera suficiente los instrumentos internacionales relacionados con los principios de desarrollo sustentable, mejor tecnología, solidaridad y tutela efectiva. En cambio, los instrumentos que aplican los principios de acceso a información, cooperación, *in dubio pro natura,* preventivo, reparación integral y responsabilidad objetiva, necesitan más regulación local para ser cabalmente cumplidos en Ecuador. Finalmente, en el único convenio que se relaciona directamente con el principio precautorio, la regulación es regresiva.

6. Conclusiones

En términos generales, los principios del Derecho Ambiental están adecuadamente descritos en la Constitución y el Código Orgánico del Ambiente por lo que el derecho individual a vivir en un ambiente sano puede ser ejercido actualmente en Ecuador con la normativa legal vigente.

Se identifican once principios ambientales en nuestra legislación, entre los cuales los principios de responsabilidad objetiva, imprescriptibilidad de la responsabilidad ambiental e *in dubio pro natura* son endémicos del Ecuador.

Los principios de acceso a información y precautorio no pueden cumplirse en Ecuador, debido a que la información pública es inaccesible o no está ofrecida en forma sencilla y accesible; y debido a que la reglamentación sobre organismos genéticamente modificados no aplica la precaución al describir el alcance y enfoque de la investigación que sustente la autorización legislativa para su introducción o cultivo en el país.

Otro impedimento para el acceso a la información y a la justicia es que ningún principio ni documento ambiental está escrito en kichwa o shuar, pese a ser idiomas oficiales de relación intercultural según el art. 2 de la Constitución.

De los cuarenta y dos instrumentos internacionales en materia ambiental de los que Ecuador es parte suscriptora, veintidós no tienen alguna norma local necesaria para que se cumplan, mientras que otros diecinueve se pueden cumplir porque tienen la suficiente reglamentación local.

Entre las debilidades, se debe notar que ninguna norma ambiental se ha construido mediante mecanismos participativos y que el derecho a la participación ciudadana no puede ser ejercido a cabalidad por falta de información pública suficientemente difundida. De igual modo el derecho colectivo a la consulta previa no puede ejercerse cabalmente por falta de información y de reglas adoptadas de manera consensuada.

7. Recomendaciones

El Ecuador debe emitir reglamentación para retomar la aplicación de los 22 instrumentos internacionales de carácter ambiental que no se están cumpliendo y activar el Comité Permanente del Pacífico Sur para tomar estrategias conjuntas frente a amenazas que sufra el Océano Pacífico, dentro o fuera del mar territorial de los países integrantes de dicho Comité (Colombia, Ecuador, Perú y Chile). El Reglamento al Código Orgánico del Ambiente debería sujetarse al principio precautorio en todos los casos, incluyendo la regulación sobre biotecnología.

En lo institucional, el Ministerio del Ambiente puede hacer más accesible la información pública a su cargo, sobre normas vigentes y sobre permisos otorgados para permitir su ejercicio por parte de la población en general, pueblos y nacionalidades.

En lo social, la ciudadanía debería reclamar el ejercicio de los derechos a la participación ciudadana y el derecho colectivo a ser consultado de manera libre, previa e informada.

USFQ_LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



La posibilidad de renunciar a la acción de nulidad del laudo arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

The possibility to waive the annulment of the arbitral award under the Ecuadorian legal system

Diego Mateo Guerra Romero *

Recibido / Received: 07/05/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2273

Citación:
Guerra Romero, D.M. «La posibilidad de renunciar a la acción de nulidad del laudo arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 77-104, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2273.

* *Alumni* de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: die_gue12@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-2670-7656

Resumen

La acción de nulidad del laudo arbitral ha sido reconocida como el remedio procesal para la revisión de la validez del laudo bajo causales específicas determinadas en la ley. Sin embargo, esta revisión está prevista para ser ejecutada por órganos judiciales, lo que deviene en una inevitable interacción de la justicia ordinaria con el arbitraje. Esta inevitabilidad presenta una distinción, pues varias legislaciones extranjeras han previsto la posibilidad de excluir este control en la sede del arbitraje para extenderlo hacia la sede de ejecución.

Esto deviene en una discusión incierta sobre aquellos países que nada han establecido al respecto, como Ecuador, ya que la renuncia a esta acción podría estar prohibida por el ordenamiento, en la medida en que trastoque limitantes de orden público. El análisis ecuatoriano indica que la renuncia, dentro de este ordenamiento, es factible siempre y cuando se acoja a un estándar que –precisamente– garantice este control.

Palabras clave

Arbitraje; acción de nulidad; laudo arbitral; renuncia; orden público

Abstract

The annulment of the arbitral award has been recognized as the procedural remedy for the review of the validity of the award under specific grounds determined by law. However, this review is foreseen to be executed by judicial bodies, which results in an inevitable interaction of ordinary justice with arbitration. This inevitability presents a distinction, as several foreign legislations have stated the possibility of excluding this control from the seat of arbitration and extend it to the seat of enforcement.

This leads to an uncertain discussion in those countries that have not established anything in this regard, such as Ecuador, since the waiver of this action could be prohibited by the law to the extent that it violates the limits of public order. The Ecuadorian analysis indicates that the waiver, within this legal system, is feasible as long as it complies with a standard that, indeed, guarantees this control.

Keywords

Arbitration; annulment; arbitral award; waiver; public order

1. Introducción

Aunque el arbitraje se base en la autonomía de la voluntad, dejando en libertad a las partes para excluir –por la expresión de su voluntad– sus controversias de la justicia ordinaria, esto no significa que su sujeción a arbitraje esté en completa independencia del poder judicial. Si bien los árbitros pueden decidir sobre el fondo del asunto, es común que las legislaciones nacionales establezcan la posibilidad de que el poder judicial controle el procedimiento arbitral y su producto –el laudo– mediante una acción o recurso de nulidad frente a este último.

La interacción que presentan el arbitraje y el poder judicial involucra entonces un nudo problemático que consiste en hallar un equilibrio que logre compatibilizar un grado razonable de autonomía del arbitraje con un grado igualmente adecuado de control judicial.[1] Ambos factores son asumidos como criterios clave para fomentar el desarrollo eficiente de la institución arbitral.

Uno de los problemas que se ha derivado de esta interacción es el relacionado con la renuncia a la acción de nulidad. Esta acción se reconoce, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como la única y exclusiva herramienta para la impugnación del laudo por lo que muchos teóricos consideran que la materia reviste alta importancia al tratarse de un tema de orden público, condicionando a dicha acción a la irrenunciabilidad.[2]

Este trabajo enfoca su análisis justamente en eso: la posibilidad que tienen las partes para renunciar a la acción de nulidad. Esto, especialmente, si se analiza en qué medida se trastocan mínimas inderogables de orden público cuando el objeto de protección, el control judicial de la nulidad en la sede, puede ser desplazado en una misma esencia garantista al juez del *exequátur*.

Por un lado, la discusión ha respaldado el espíritu de protección detrás de la irrenunciabilidad bajo la idea de resguardar disposiciones imperativas nacionales –en la medida en que se compatibilice el control a los árbitros en atención a la equivalencia que representa el laudo con la sentencia judicial–. Por otro lado, legislaciones como Suiza, Suecia, Bélgica, Francia, Panamá y Perú han previsto la posibilidad limitada de renunciar a este recurso.

Las mencionadas legislaciones han armonizado el control de la nulidad con el control sujeto al *exequátur*, por lo que es posible desplazar esta revisión del laudo en la sede del arbitraje hacia una revisión similar en la sede de reconocimiento y ejecución.[3] Es importante mencionar que esta posibilidad se refiere

1 Roque J. Caivano, "La renuncia a los recursos", en *Cuestiones claves del Arbitraje Internacional,* coord. de E. Gaillard y D.P. Fernández (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013), 133.
2 Roque J. Caivano, *Arbitraje,* (Buenos Aires: ed. Ad Hoc, 2000), 289.
3 Ver Jesús Remón Peñalver, "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", *InDret: Revista para el*

exclusivamente a casos de arbitraje internacional en el que existe un laudo que deba ser homologado y ejecutado, pues aquellos laudos locales o referidos a legislaciones que prevean la ejecución inmediata del mismo, no justificarían este desplazamiento.

La legislación ecuatoriana no se refiere expresamente a la posibilidad de las partes de renunciar a la acción de nulidad; sin embargo, el texto de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) se inclina a favorecer el desarrollo del arbitraje y su eficacia. La renuncia a la acción de nulidad tiene como objetivo final favorecer también dichos parámetros, por lo que representa una clara muestra de la relevancia institucional que puede ofrecer esta discusión al arbitraje dentro de cada ordenamiento jurídico.

Desde esta visión es posible analizar si existen limitaciones al orden público que están siendo vulneradas a nivel del ordenamiento local, específicamente las garantías básicas de carácter procesal constitucionalmente instituídas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE).[4] Sobre esta base, este trabajo se pregunta lo siguiente: ¿es la renuncia a la acción de nulidad contraria a las garantías procesales constitucionalmente establecidas que se enmarcan en el orden público interno ecuatoriano?

Para responder esta pregunta, en este trabajo se recopilan las diferentes posiciones frente a la situación, una comparación de los diversos ordenamientos jurídicos a nivel internacional que discuten el tema y, finalmente, una aproximación a la perspectiva ecuatoriana para entender cuál es la mejor propuesta para implementar dentro de la legislación nacional.

La investigación parte de supuestos generales y una mera contextualización del problema jurídico para poder entender qué teorías y pronunciamientos existen detrás del tema explorado. Con base en estas premisas, se aterrizará el problema dentro del marco jurídico ecuatoriano para poder definir si efectivamente en Ecuador es posible esta renuncia o no.

2. Instrumentos normativos sobre los que se funda la materia

El arbitraje se ha desarrollado como un reconocido método de resolución de controversias ancladas a una diversidad de fuentes de derecho. Esto cataloga a la materia como una herramienta diversificada dentro del ámbito nacional e internacional. En el escenario nacional, se reconoce a la validez del arbitraje en

*Análisis del Derecho 3 (*2007), 1-19; Fabio Núñez del Prado Chaves, "El recurso de anulación de laudo y el derecho a patalear", *Themis Revista de Derecho 71 (*2017), 13-30; Alberto Zuleta Londoño, "La renuncia al recurso de anulación contra el laudo en el Arbitraje Comercial", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 3 (*2011), 245-261.

4 Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

el artículo 190 de la CRE[5] y el artículo 1 en la LAM.[6] Debido a la gran convergencia de sistemas normativos inmersos en este método, se pueden identificar una serie de instrumentos que dan las pautas para delimitar el ámbito de aplicación de la materia.

Entre ellos se encuentran convenciones de carácter internacional, *soft law* y específicamente, la legislación propia de cada Estado referente al arbitraje. Dos instrumentos específicos que contienen disposiciones respecto de la acción de nulidad del laudo arbitral son la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante Ley Modelo CNUDMI)[7] y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante CNY).[8]

El espectro jurídico desarrollado por la Ley Modelo CNUDMI pretende ser una guía replicable para todas las legislaciones arbitrales a nivel mundial.[9] Sus causales de anulación del laudo son una recopilación que puede ser fácilmente adoptada por cualquier ley de arbitraje. En concreto, las disposiciones de esta ley, perteneciente al bloque de *soft law* internacional, se han implementado de manera parcial en Ecuador dentro de la LAM.[10]

Por su parte, la CNY tiene como principal objetivo el facilitar el reconocimiento y ejecución de los laudos en los países que la han ratificado. A su vez, entabla dentro de su texto una serie de referencias con respecto a la nulidad del laudo, siempre dentro del escenario de la ejecución de este. Específicamente, en lo que compete a este estudio, la Convención empata las causales de denegación para el reconocimiento de un laudo[11] en las causales perseguidas por la Ley Modelo CNUDMI para que se pueda interponer una acción de nulidad.

3. Posturas teóricas frente a la renuncia a la acción de nulidad

Desde el enfoque doctrinario y una limitada legislación en el derecho comparado, la posibilidad de renuncia a la acción de nulidad del laudo arbitral se ha

5 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
6 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417, 14 de diciembre de 2006, reformada por última vez R.O. Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.
7 Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional [Ley Modelo CNUDMI], 1985, enmendada en 2006.
8 Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras [Convención de Nueva York], Nueva York, 10 de junio de 1958, ratificada por el Ecuador el 17 de diciembre de 1958.
9 Ver Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI, Ley Modelo CNUDMI, párr. 2.
10 Ver Eduardo Carmigniani, Carla Cepeda, "Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 8* (2016), 349-373.
11 Ver Artículo V, Convención de Nueva York.

centrado en dos posiciones contrapuestas. La primera postura, evidentemente, admite esta posibilidad, aunque generalmente condicionada. Una segunda línea de pensamiento argumenta que no es posible renunciar a esta acción y su carácter de irrenunciabilidad tiene su asentamiento en la idea de que es una herramienta otorgada por la ley de cada Estado y, por lo tanto, el impedimento recae sobre las leyes imperativas y el orden público interno de cada país.

La primera arista, que apoya el enfoque del presente estudio, reconoce una diferenciación entre aquellos laudos que han sido expedidos internamente, de aquellos de carácter internacional, ejecutables en otro Estado diferente al de la sede. En estos últimos, a primera vista, no se evidencia contravención alguna a garantías básicas del ordenamiento, toda vez que existe finalmente un control judicial del laudo en la instancia de reconocimiento y ejecución bajo el amparo del artículo V de la CNY.[12] Esta teoría ha sido recogida por países como Suiza, Suecia, Túnez, Bélgica, Francia y Perú.

La segunda, mantiene la idea de que la acción de nulidad se reconoce como un remedio procesal impugnatorio que el legislador ha creado para el efecto y, por ende, se ha incorporado al bloque de garantías mínimas de orden público que resguardan la materia. Aquí, la necesidad de control judicial que tienen los laudos es inevitable y no puede ser desconocida por las partes ya que los motivos de anulación se concentran en irregularidades vinculadas con el debido proceso y el derecho a la defensa.[13]

4. Situación actual de la doctrina sobre la renuncia a la acción de nulidad

Roque Caivano ha reconocido *grosso modo* que el laudo siempre será susceptible de ser objetado bajo la figura de la nulidad y con respecto de aquellas causales que cada legislación prevea.[14] Recalca que el objeto de esta instancia impugnatoria es controlar las decisiones arbitrales en protección de aquellos recaudos que las legislaciones han catalogado como indispensables y contenidas en normas de orden público, por lo que se convierte en una revisión judicial irrenunciable.[15]

No obstante, en un análisis más profundo, Caivano también establece que –si bien esta impugnación se encuentra instituida en el orden público– la idea solo tiene sustento cuando se habla de arbitrajes domésticos o, incluso, aquellos internacionales cuyo laudo se ejecuta en el mismo Estado sede. Esto

12 Ver Caivano, "La renuncia a los recursos", 133-165; Remón, "Sobre la anulación del laudo", 1-19; Núñez, "El recurso de anulación de laudo", 13-30.
13 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 13-14.
14 Caivano, *Arbitraje*, 288.
15 Ibid., 289.

debido a que el fundamento que hace imperativa la existencia de control judicial sobre el laudo es que esta revisión es la única vía para impugnarlo.[16] Esta discusión, sin embargo, carece de sentido cuando el laudo va a ejecutarse en otro Estado, pues dicho control se traslada al juez del lugar de ejecución dentro de la misma lógica de análisis de la nulidad.[17]

El pensamiento de Caivano, que permite la renuncia diferenciando entre laudos completamente internos[18] e internacionales, tiene su antecedente en la línea presentada por los mayores teóricos del arbitraje. Merino Merchán y Chillón Medina, por ejemplo, indican que efectivamente la posibilidad de excluir esta modalidad de control por autonomía de la voluntad, consiste en un elemento diferenciador de los ordenamientos jurídicos con respecto al arbitraje internacional. Para ellos, resulta objeto de realce la posibilidad de contrarrestar el carácter de inatacable del laudo internacional dictado en el territorio de la sede, siempre que se salvaguarde el control mediante *exequátur* en otro país.[19]

Jesús Remón Peñalver ha establecido que el límite a la posibilidad de renunciar a la acción de nulidad se encuentra en las leyes imperativas y el orden público. Para él, los motivos de anulación se concentran en amparar el derecho a la defensa, dado que buscan la reparación de irregularidades especialmente graves.[20] Sin embargo, la filosofía que patrocina la idea de permitir una renuncia anticipada a la impugnación por nulidad implica el contraste mismo del rol judicial dentro del arbitraje asociado a un correcto entendimiento del principio de la mínima intervención judicial.[21]

Similar criterio ha seguido Fabio Núñez del Prado, cuando afirma que esta renuncia sí es posible en ciertas situaciones pues el control judicial al que se refiere la materia, constata solamente un imperativo constitucional de que se controle el poder jurisdiccional que se ha otorgado a los árbitros con sus decisiones.[22]

Aclara que la acción de nulidad, como tal, no traspasa estas mínimas garantías imperativas en cada Estado. Incluso asevera, como los anteriores autores, que en la medida en que exista otro mecanismo –como el *exequátur*– que asegure

16 Ver Caivano, "La renuncia a los recursos", 133-165.

17 Al respecto, Gaillard y Savage señalan: "[…] las bases sobre las que un laudo puede ser apartado […] son generalmente asentadas sobre la filosofía que se encuentra en las bases para denegar el reconocimiento o ejecución encontradas en las Convenciones Internacionales relevantes". Emmanuel Gaillard, John Savage (ed), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 1999), 966 (traducción no oficial).

18 Cabe aclarar que, al referirse a laudos internos, también deben tomarse en cuenta aquellos laudos domésticos en los que su ejecución, independientemente de que sea un arbitraje internacional, se pretende en el mismo territorio de la sede donde ha sido expedido.

19 José Fernando Merino Merchán, José María Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral* (Madrid: Editorial Civitas, 2006), 1765.

20 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 13.

21 Ibid., 15

22 Núñez, "El recurso de anulación de laudo", 23.

el mismo fin de control del laudo, entonces puede prescindirse sin mayor problema del mecanismo de anulación.[23] Indica, por ende, que la renuncia aportaría una mayor eficacia al arbitraje siempre y cuando sea condicionada a que el modelo persiga el control en la instancia de ejecución del laudo.[24]

5. La acción de nulidad del laudo arbitral

La difusa percepción de la noción del laudo arbitral ha sido superada e internalizada como un concepto clave dentro del mundo del Derecho. Gaillard y Savage han delimitado el término como "una decisión final de los árbitros sobre todos los aspectos de la controversia que se les somete [...] que los lleve a poner fin al procedimiento".[25] Se trata del producto de la actuación de los árbitros que denota el ejercicio de la jurisdicción que se les ha otorgado y reviste las características de una sentencia.[26]

Bajo esta similitud encontrada con la sentencia judicial se empieza a percibir en dónde se encuentra el contraste que denota la problemática estudiada en el presente trabajo. Mientras la sentencia judicial se ha sistematizado con revisiones ulteriores, el laudo arbitral, en cambio, se denota como un pronunciamiento de única instancia, que en la mayoría de los países será objeto de revisión en cuanto a "[...] ciertos recaudos y con relación a causales específicas".[27] Esto es a lo que, precisamente, alude la figura de la acción de nulidad.

5.1. Distinción entre acción y recurso

Las diferentes aproximaciones que ha tenido la renuncia a la acción de nulidad se han planteado a partir de los diversos sistemas normativos que las exploran. Es por esta razón que resulta necesario aclarar que la mayoría de las legislaciones a nivel internacional, en conjunto con la doctrina sobre el tema, se refieren a la renuncia a la nulidad del laudo arbitral desde la perspectiva de un recurso. No obstante, un sector minoritario –pero igualmente válido y al que pertenece la legislación ecuatoriana– es aquel que denomina a esta herramienta como acción de nulidad por tramitarse como una acción autónoma conocida por la Función Judicial en un proceso diferente al arbitraje.[28]

23 Ibid.
24 Ibid., 28.
25 Gaillard, Savage (ed), *International Commercial Arbitration*, 737 (traducción no oficial).
26 Roque Caivano, *Arbitraje*, 279.
27 Ibid.
28 Al respecto, el profesor Véscovi ha señalado que: "el objeto de la acción de nulidad es conseguir la nulidad de la resolución mediante un juicio distinto mientras que los recursos se tramitan dentro del proceso principal" Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso* (Bogotá: Ed. Temis, 1999), 270-275.

La acción de nulidad no es un recurso "sino una acción rescisoria, cuyo ejercicio da lugar a un proceso declarativo especial en el que se pretende [...] que el Tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo".[29] Fuera de cualquier otro contraste, objeto de otro estudio, hay que denotar que ambas palabras se utilizan indistintamente en el presente trabajo dada la diversidad de la terminología jurídica a nivel internacional, a la que se hará referencia constantemente.

6. La renuncia a la acción de nulidad

6.1. El marco de replicabilidad aportado por la Ley Modelo CNUDMI y su armonía con la Convención de Nueva York

Una primera aproximación a la posibilidad de renuncia a la acción de nulidad del laudo arbitral es la derivada del análisis efectuado a las causales de anulación previstas en la Ley Modelo CNUDMI. Se trata de causales que no pretenden revisar el fondo de la controversia: su propósito último es revisar que "[...] el laudo se haya dictado de la manera escogida por las partes [...] respetando las normas a las cuales estaba sometido en materia de arbitrabilidad y orden público internacional".[30]

Lo propuesto por la Ley Modelo CNUDMI coincide con un deseo de dar pautas replicables a los diferentes regímenes de anulación del laudo para lograr la convergencia mundial de la materia. La relevancia de esta Ley resalta en la medida en que propone un solo tipo de recurso a un órgano judicial como medio para conseguir la impugnación de un laudo y, a su vez, dispone una lista taxativa de causales[31] que, si se las contrasta con aquellas para la denegación de reconocimiento y ejecución de la CNY, coinciden esencialmente con las previstas en este último instrumento.[32]

La CNY, por su parte, respeta los procesos domésticos de cada país, toda vez que reconoce que cualquier sede puede tener procesos internos de control judicial que conduzcan a la anulación del laudo.[33] Por eso establece condiciones especiales para la ejecución del laudo cuando aún no se ha resuelto la nulidad en la sede.[34] De aquí la importancia de observar la armonía con la que funcionan ambos instrumentos.

29 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 8.
30 Zuleta, "La renuncia al recurso de anulación contra el laudo", 249.
31 Ver, Artículo 34.2, Ley Modelo CNUDMI.
32 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 4.
33 Zuleta, "La renuncia al recurso de anulación contra el laudo", 250.
34 Ver, Artículo VI, Convención de Nueva York.

Lo expuesto en líneas anteriores podría representar un ideal proteccionista por parte de ambas normas, que, en virtud de la armonía de sus disposiciones correspondientes a la nulidad, demuestran que la ejecución respeta los mecanismos de control de la sede en el extranjero.[35] Es decir, desde esta perspectiva sería factible asegurar que el control de la nulidad excede el puro interés de las partes, lo que vuelve inadmisible la renuncia a dicho control.

Sin embargo, como indica el profesor Remón, "la jurisdicción[36] concentra su papel de control en los posibles vicios *in procedendo* y la garantía del orden público constituye un mero límite negativo […]".[37] Se refiere a que el tema del control, si bien resulta imprescindible, garantiza solo una revisión procedimental, no de fondo.

Esta revisión compatibiliza la eficacia del arbitraje con las garantías del debido proceso. No obstante, esta misma lógica deja ver que el proteccionismo que garantizan las normas y –en virtud, de nuevo, de la afinidad entre estas– el control al que refieren puede ser desplazado bajo la única condición de que se termine cumpliendo; es decir que en la medida en que se garantice la existencia de un control a vicios procedimentales del laudo. El análisis requiere, evidentemente, mayor profundidad. Empero, el marco impuesto por la Ley Modelo CNUDMI y la CNY da señales de que el proceso de reconocimiento y ejecución también es una garantía de la vigilancia al debido proceso sobre el laudo.

6.2 El modelo general suizo y los contrastes en la legislación comparada

Como se ha mencionado previamente, algunas legislaciones prevén la posibilidad expresa de renunciar a la acción/recurso de nulidad dentro de sus leyes correspondientes.[38] Dentro de las mismas, el modelo suizo es el que aporta mayor relevancia ya que permite la posibilidad de prescindir del recurso de anulación y reconoce la validez de una renuncia parcial, que permite escoger las causales particulares a ser relegadas.[39] Lo anterior solo aplica si las partes

35 Zuleta, "La renuncia al recurso de anulación contra el laudo", 251.

36 Esta mención a la jurisdicción hace referencia a la facultad jurisdiccional que se le ha otorgado al juez ordinario para revisar la impugnación al laudo.

37 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 4.

38 Ver Artículo 192, Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, [LDIP], 18 de diciembre 1987; Artículo 1717(4), Código Judicial belga, 27 de marzo de 1985, modificatoria de 1998; Sección 51, Ley Sueca de Arbitraje, 1 de abril de 1999; Artículo 1522, Código de Procedimientos Civiles francés, modificatoria de 2011; Decreto No. 2011-48 [que modifica la Ley de Arbitraje francesa], 13 de enero de 2011; Artículo 36, Decreto Ley No. 5, Presidencia de la República [por el cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación panameño], Registro Oficial de 8 de julio de 1999.; Artículo 63, Decreto Legislativo No. 1.071 [que reforma la Ley de Arbitraje peruana], 01 de septiembre de 2008.

39 Domitille Baizeau, Franz Stirnimann, "Renuncia al derecho de impugnar un laudo. Estudio práctico sobre la experiencia suiza", *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje 4 (*2010-2011), 151-168.

no tienen relación con Suiza y cuando han celebrado un acuerdo expreso para el efecto.[40]

Este modelo –acertado por cierto en cuanto a los beneficios que realmente trae al arbitraje y que serán explorados en los próximos epígrafes de este trabajo– ha sido replicado por legislaciones como la peruana. Pese a que esta ley propone parámetros de renuncia muy claros, aún se reserva un mecanismo de revisión judicial a la luz del reconocimiento y ejecución del laudo.

> […] Así, un laudo ejecutado fuera de Suiza en un Estado miembro de la Convención de Nueva York […] puede ser impugnado bajo cualquier causal contemplada en el Artículo V de la CNY. Por otro lado, una parte que pretende ejecutar en Suiza un laudo emitido en el extranjero […] podrá invocar la CNY.[41]

No obstante, el problema que se trae a colación con estas disposiciones, compartidas generalmente por las demás legislaciones mencionadas, es el derivado de un laudo nacional suizo al que le aplicaría la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado (en adelante LDIP)[42] y no la CNY, pues se tomaría como directamente ejecutable al no pretender reconocerse en territorio extranjero. Lo que adecuadamente hace Suiza, es que:

> […] [C]uando las partes hayan celebrado un acuerdo de renuncia válido, y hayan renunciado así a cualquier posible revisión del laudo en un proceso de nulidad, tendrán derecho a disputar la ejecución al amparo de la CNY, como si el laudo emitido en Suiza fuera un laudo extranjero.[43]

Entonces la legislación helvética, a pesar de imponer una ausencia de relación con Suiza para permitir la renuncia al recurso de nulidad y requerir un pacto por escrito, también denota dentro de sus disposiciones la imperiosa necesidad de que la renuncia a la impugnación de laudos domésticos asimile al laudo como uno extranjero para efectos de la aplicación de la CNY. Así, el laudo se homologa bajo las causales dispuestas por la CNY, lo que garantiza que el control judicial sobre el laudo arbitral sea previsto en todos los casos posibles.[44] De aquí que Suiza, efectivamente, garantiza las mínimas inderogables alegadas a favor de la irrenunciabilidad del recurso.

No obstante, existen países que se muestran aún más permisivos frente a esta renuncia. Recogiendo lo establecido por Suiza, los reconocidos tratadistas Redfern y Hunter se refieren a Francia y establecen que *"[…] Under the 2011*

40 Ver Artículo 192(1), LDIP.

41 Baizeau, Stirnimann, "Renuncia al derecho de impugnar un laudo", 163-164.

42 Ver Artículo 192(2), LDIP.

43 Baizeau, Stirnimann, "Renuncia al derecho de impugnar un laudo", 164.

44 A propósito, Fabio Núñez cuenta la anécdota belga cuando se eliminó el recurso de anulación. Señala que Bélgica tuvo que reconocer su ingenuidad al pretender eliminar una barrera post-laudo esencial para garantizar la seguridad de las partes. En lugar de convertirse en una sede atractiva, atrajo el resultado contrario. *Ver*, Núñez, "El recurso de anulación de laudo", 14-15.

French Arbitration Law, this right to waive the right to challenge extents to any party”.[45] En definitiva, Francia permite la renuncia sin condicionamientos de nacionalidad, domicilio/residencia o establecimiento comercial.

Es necesario considerar que el derecho permitido para renunciar a cualquier impugnación por nulidad, en Francia, no tiene nada que ver con una ausencia de control judicial absoluta pues la orden de ejecución –*l’ordonnace d’exequatur*–, sigue siendo irrenunciable.[46] Esto deviene en una misma lógica suiza en tanto se permite desplazar el control judicial al laudo, desde la instancia de nulidad en la sede, a la instancia de ejecución.

Evidentemente, el problema aterriza sobre una base de imperatividad de normas básicas y necesarias para el buen funcionamiento de cada ordenamiento. Si la renuncia se entiende desde la limitación conceptual que deriva desde esta sola lógica, bien podría establecerse como referente de plena eficacia arbitral al modelo panameño.[47] A pesar de que en Panamá se había seguido la tendencia impuesta por países como Bélgica y Suiza, canceló rotundamente la posibilidad de renuncia a partir de un pronunciamiento constitucional por contravenir –en una presunción muy amplia– a la garantía del debido proceso.[48]

En definitiva, Panamá solamente logró integrar una idea de protección absoluta al impedir la renuncia anticipada y en abstracto[49] a una falencia procedimental que las partes aún desconocen debido a que solo puede ser visibilizada después de expedido el laudo. Para esta legislación, básicamente, resulta un impedimento *exante* a que las partes sean libres de renunciar a la acción de nulidad cuando aún desconocen el alcance de su renuncia.[50]

Lo expuesto por estas legislaciones revela la necesidad de concretar, de manera precisa, cuándo la renuncia llega a violar preceptos de carácter supra legal. Los preceptos de orden público validan la dominancia que ha tenido la irrenunciabilidad de la acción o, en la mayoría de casos, ni siquiera una mención en lo absoluto. Sin embargo, las garantías universalmente asumidas sobre el debido proceso[51] deben definir a qué punto específico sobre el debido proceso protegen. Si la protección recae solamente en beneficio de sus sujetos –los beneficiarios del sistema legal– el objeto de la norma y su espíritu imperativo podrán dispersarse lejos de dicha protección.

45 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration,* Sexta Edición (Oxford: Oxford University Press, 2015), 578.

46 Zuleta, “La renuncia al recurso de anulación contra el laudo”, 254-255.

47 Ver Art. 36, Decreto Ley No. 5, 1999.

48 Ver Expediente No. 109-05, Corte Suprema de Justicia, Sala Cuarta de Negocios Generales, 7 de octubre 2005.

49 “[…] una norma con jerarquía legal que permita a las partes renunciar anticipadamente y en abstracto al ejercicio de un medio de impugnación es contraria a la garantía fundamental del debido proceso”. *Ibid.*

50 Zuleta, “La renuncia al recurso de anulación contra el laudo”, 255-256.

51 “El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso […]” Víctor Manuel Rodríguez Rescia, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela 110* (1998), 328.

6.3. Posibles posiciones

Lo antedicho anuncia ya un breve matiz de las posibilidades respecto al tema. Por un lado, indudablemente, un primer argumento defendería la procedencia de la renuncia tajantemente; sin criterios adicionales a tomar en cuenta. Otro, más adecuado, permitiría la renuncia al recurso de anulación en la medida en que desplace el control judicial hacia el *exequátur*. Finalmente, la tercera respuesta diría que no es posible renunciar a la acción de nulidad en ningún caso ya que se enmarca en una plena indisponibilidad para las partes; criterio que este ensayo desecha de entrada por las razones ya explicadas.

Con respecto a la primera posibilidad, esta sería apoyada por el razonamiento explorado a partir de la corriente contractualista que aboga por el resguardo de la esencia que da origen al arbitraje. Rivarola ilustra un paradigma acertado refiriéndose a la extrapolación de las garantías procesales –judiciales– dentro del arbitraje. Explica que estas tendrían válida vigencia y aplicación inmediata al arbitraje mientras no se opongan a su naturaleza pues sería un despropósito que garantías como la doble instancia, sean adheridas al arbitraje en analogía judicial, cuando es una concepción universal que las leyes o reglamentos arbitrales del mundo reconocen mayoritariamente la inapelabilidad de los laudos.[52]

Es necesario complementar lo anterior con una clara exposición de a qué se refiere esta no oposición a la naturaleza del arbitraje. Bullard dedica un análisis completo a la defensa de la naturaleza contractual del arbitraje y apoya –salvo extrañas excepciones– que la misma es de origen contractual, característica deslindada del convenio arbitral.[53] Explica, en referencia al recurso de anulación que:

> [l]o que corresponde es sustituir una visión publicista del recurso de anulación –que lo visualiza como un mecanismo de garantía de Derecho procesal, es decir, de naturaleza pública– por una visión privatista –que lo visualiza como una garantía de Derecho contractual, es decir, de naturaleza privada–. Ello debe conducir a un cambio de perspectiva con relación a lo que los jueces ordinarios hacen al conocer de un recurso, eliminando de su visión aspectos vinculados al Derecho procesal –como el de debido proceso– y enfocándose en figuras contractuales más acordes con su naturaleza […].[54]

Esta posición es tomada con base en una serie de sustentos teóricos que tienen como misión principal defender el carácter contractual del arbitraje desde un

52 José Domingo Rivarola Reisz, Fabio Núñez Del Prado Chaves, "*Nulla executio sine titulo*: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú", *Derecho PUCP 78 (*2017), 76.

53 Alfredo Bullard G., "¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación", *Revista internacional de arbitraje* (2013), 55-93.

54 Ibid., 82.

análisis derivado de los límites impuestos por el convenio arbitral. Este trabajo, por otro lado, deriva sus hallazgos partiendo desde un momento posterior, el laudo y su respectiva impugnación.

Es por lo anterior que, si bien el criterio de Bullard resulta muy preciso, no puede revelarse compatible con el análisis desplegado en este estudio. Resulta inadecuado asumir que nada tienen que ver las garantías de orden público –desde una visión global del proceso arbitral– sobre una posible renuncia a la nulidad cuando, como se ha explicado ya previamente, la posibilidad de renunciar o no a la anulación del laudo se afinca necesariamente sobre el criterio de mínimas operativas para la correcta interacción arbitral-judicial, en un momento posterior al laudo.[55]

7. El límite de la renuncia y el caso ecuatoriano

7.1. Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana

Esta norma toma como base la Ley Modelo CNUDMI y regula el proceso de nulidad que podrá solicitarse en contra de un laudo en el marco arbitral ecuatoriano. Dentro de este escenario, se sustenta en la Ley Modelo en tanto admite a la acción de nulidad[56] como el único método de impugnación frente al laudo arbitral.[57]

A diferencia de los países estudiados, Ecuador en su referente normativo arbitral, la LAM, no regula de manera expresa la posibilidad o no de renunciar a la acción de nulidad. El artículo 31 de la LAM solo prevé las causales a partir de las cuales se puede interponer la misma. No obstante, en principio es preciso entender cómo se asimila esta herramienta dentro del ordenamiento ecuatoriano. La Corte Constitucional lo ha sintetizado al referir que:

> […] la acción de nulidad fue concebida como un medio de impugnación extraordinario por *errores in procedendo* en el arbitraje y vicios de *extra petita* en la decisión, relacionados al debido proceso arbitral y establecidos taxativamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación como causales de nulidad del laudo.[58]

55 Ver Caivano. Arbitraje, 94-96.
56 Ver Artículo 31, LAM.
57 Carmigniani, Cepeda, "Implementación en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI", 370.
58 Sentencia No. 31-14-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019, párr. 41.

7.2. El modelo ecuatoriano

Más allá del limitado marco que establece el mencionado artículo 31, resulta una tarea complicada el definir sobre qué parámetros aterriza la renuncia a la acción de nulidad en Ecuador. Sin embargo, lo aportado en líneas anteriores por otras legislaciones otorga una primera imagen. Panamá, por ejemplo, exhibe un claro limitante a la validez de la renuncia desde su jurisprudencia constitucional y alude básicamente al debido proceso.[59]

Como se observa en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, también se manifiesta que el trabajo de la acción de nulidad es dilucidar errores procedimentales que rodean el espectro del debido proceso.[60]

En España, Remón alude también a este limitante de orden público constitucional recogiendo criterios que ha emitido su jurisprudencia. Como el artículo 76 de la Constitución en Ecuador, en España el artículo 24 de su carta fundamental condensa los derechos fundamentales a los que la jurisprudencia española se refiere. Al respecto indica que:

> […] la jurisprudencia constitucional[61] tiene declarado que […] el derecho a la tutela deja en libertad al legislador para diseñar el sistema de recursos o acciones de impugnación que en cada caso considere más adecuado […] una vez que un recurso o remedio procesal es creado por la ley se integra en el contenido del derecho a la tutela y se sitúa, por tanto, fuera de la capacidad de disposición de las partes […] como elemento de orden público.[62]

De aquí se desprende la razón por la cual este estudio gira en torno a esclarecer los preceptos mínimos que gobiernan la materia y entablan la respuesta al por qué podría o no renunciarse a esta herramienta. Definitivamente, el debido proceso es el marco delimitante, no solo dentro de Ecuador. En este ordenamiento, la Carta Magna alude al debido proceso dentro de su artículo 76,[63] dentro del que se encuentran garantías básicas como el derecho a la defensa que, en términos generales, es lo que una corriente que se opone a la renuncia a la acción de nulidad pretende proteger.

59 Caivano señala que dicho tribunal consideró que la norma que aceptaba la renuncia vulneraba el debido proceso, ya que el derecho a la defensa involucra la posibilidad de las partes para utilizar todos los recursos que la ley les otorga para impugnar una decisión adversa, por lo que no pueden renunciar de manera anticipada a ellos; la renuncia impediría ejercer el único remedio posible contra irregularidades constituidas como causales en la ley. *Ver,* Caivano, "La renuncia a los recursos", 147.

60 Ver Sentencia No. 323-13-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019 (explicando cómo la acción de nulidad, como mecanismo de impugnación, está diseñada para examinar vicios *in procedendo* en tutela del debido proceso y el derecho a la defensa incurridos en la justicia arbitral).

61 Ver Sentencia 69/2005, Tribunal Constitucional, Sala Primera, 4 de abril de 2005, FJ 2; Sentencia 218/2006, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 3 de julio de 2006, FJ 3 (con relación a los remedios procesales que forman parte del contenido del derecho a la tutela).

62 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 13.

63 Ver Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Sin tener una referencia legal expresa sobre el tema, es necesario encontrar cuál es el justificativo real que podría evitar que en Ecuador se reconozca la validez de una renuncia a la nulidad. El marco general indica que el modelo a seguir es el suizo que prevé la mayor cantidad de escenarios posibles y es muy claro en cuanto a sus requisitos. No obstante, no se trata de una mera replica normativa, supuesto tras el cual el presente estudio no tendría ningún sentido; sino más bien adecuar aquellos principios generales que guían la interacción judicial-arbitral que garantizan la eficacia del arbitraje.

Un posible camino para analizar se presenta desde el estudio español que, al igual que Ecuador, no tenía referencia expresa a lo que la doctrina denomina como pacto de exclusión.[64] Se alude a que, frente a la falta de previsión legal expresa, la solución se encuentra en los principios generales del ordenamiento interno, particularmente aquellos que limiten la autonomía de la voluntad.[65]

El artículo 11 del Código Civil ecuatoriano prescribe: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".[66] Esta única referencia dentro del ordenamiento legal ecuatoriano no parece suficiente para asimilar que la renuncia a la acción de nulidad, a pesar de su nombre, sea en realidad una efectiva renuncia de derechos conferidos por ley.

Evidentemente los principios que guían la materia arbitral hacen de esta renuncia una que mira al interés de las partes, pero la discusión vuelve –de nuevo– a si contraviene garantías absolutas que confieren una indisponibilidad para acordar por ser parte del orden público. Sin estar regulado, no puede existir tampoco pronunciamiento sobre una tajante posición de prohibición.

De cualquier modo, lo que realmente busca la renuncia es fijar el contenido de la relación jurídica de las partes, de una manera diferente a lo previsto por la ley[67] –en este caso la LAM–. De esta forma, en la medida en que exista control en el *exequátur*, el debido proceso no se cruza con la renuncia a la nulidad. Esto conlleva implícita la lógica de que importa la esencia de protección del control judicial sobre el laudo, independientemente de en dónde se desarrolle el mismo.[68]

64 Ver Remón, "Sobre la anulación del laudo", 12.

65 Ibid.

66 Artículo 11, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O Suplemento 96 de 08 de julio de 2019.

67 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 12.

68 Caivano explica: "[…] se pretende con ello que exista una instancia judicial de control inderogable, de modo de satisfacer la exigencia de garantizar el acceso a la justicia […] como principio de rango constitucional". Roque J. Caivano, "El Rol del poder judicial en el Arbitraje Comercial Internacional", en *Arbitraje Comercial Internacional – Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,* ed. del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA: Documentos Oficiales, 2015), 97-127.

Se trata en realidad de un pacto conjunto entre las partes que deniega el control judicial al laudo dentro de la sede del arbitraje, cuando lo que prevé la ley es precisamente una revisión judicial de la decisión arbitral por causales taxativas únicamente previstas para la anulación en la sede. Esta decisión solamente encontraría una prohibición imperativa dentro del ordenamiento si es que la materia estuviese catalogada plenamente como de orden público, es decir, que interese infaliblemente "las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico".[69]

Lo que debe precisarse aquí es que si esto encajara como un supuesto de exclusión de la acción sobre una barrera infranqueable, como lo son las leyes imperativas y el orden público de cada ordenamiento,[70] entonces se estaría frente a una renuncia inválida. Esto toda vez que el orden público, en su arista más importante –la constitucional– integra una serie de garantías que diseñan un sistema de protección a la luz del debido proceso y que se traducen en limitantes de la autonomía de la voluntad de las partes.[71]

Por el contrario, las legislaciones expuestas no han explorado el tema desde la absoluta certeza de su improcedencia. Más bien lo asimilan como una renuncia válida, intuyendo que no se trata de una barrera infranqueable. Además, algunas como la Suiza, han logrado un resultado merecedor de un análisis más profundo.

Es menester desmembrar aún más la propuesta y seguir explorando su posibilidad en el ordenamiento ecuatoriano. A pesar de ser necesarias más precisiones específicas al ordenamiento en referencia, la lógica que antecede permite ver, desde ya, una respuesta positiva frente a la posibilidad de renuncia en Ecuador.

Es claro que el escenario de la renuncia solo tiene fundamento en la medida en que evite un doble control judicial que interrumpa la eficacia del arbitraje y su independencia,[72] garantizada por el principio de mínima intervención judicial. Pero también es necesario entender que no se pueden condicionar las difusas limitaciones solo desde la respuesta a cuándo se producirían o no los efectos deseados de una apropiada regulación. Los principios, garantías y límites públicos de cada ordenamiento pueden separarse de la universalidad general que gobierna la materia.

En cualquier caso, un estudio apropiado dentro del escenario ecuatoriano supone el llegar a definir cuál efectivamente es el rol que tiene la jurisdicción

69 Ver Caso Parsons y Whittemore Overseas Co. c. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA), Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Segundo Circuito. Sentencia de 24 de diciembre de 1974.

70 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 13.

71 Ibid.

72 Núñez, "El recurso de anulación de laudo", 23.

ordinaria dentro del arbitraje.[73] La referencia a la imperatividad de supuestos esenciales no resulta suficiente. En la medida en que se expliquen conceptos como la mínima intervención judicial dentro del arbitraje, que ha sido mencionado, pero no abordado en mayor amplitud, la respuesta dejará ver que el Poder Judicial no posee sino un rol asistencial dentro de un control tanto prescindible como inevitable.[74]

8. Principios de la materia arbitral en juego

8.1. Mínima intervención judicial

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es ya indiscutible.[75] No obstante, el arbitraje debe coexistir debidamente con la justicia ordinaria, "[…] los árbitros deberán comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público".[76] El control que se reserva el Estado para sus jueces con respecto del arbitraje se circunscribe a ciertos aspectos fundamentales, lo que evita que este control se torne en otra instancia dentro del arbitraje.[77] "Las atribuciones judiciales de control sobre el arbitraje –en su justa medida– son legítimas, justificadas y hasta convenientes".[78]

Se ha precisado, a partir de varias visiones doctrinarias, que el control judicial es, finalmente, inevitable y propicio mientras no exceda el propósito de rodear tanto al arbitraje como a la función de asistencia judicial del Estado de mayor seguridad, evitando posibles abusos por parte de los árbitros. Por supuesto, esta idea impone una fina línea delimitante de actuación de los jueces con respecto a la debida independencia de la institución arbitral. Esto es conocido como el eje de equilibrio que permite la correcta interacción entre ambas instituciones –arbitral y judicial–. La jurisprudencia española argumenta:

> Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad […]– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje.[79]

Por su parte, en Ecuador, la Corte Constitucional ha dejado muy clara la importancia que reviste este principio para la imperiosa necesidad de respetar la

73 Ver Caivano, "La renuncia a los recursos", 133-143.
74 Remón, "Sobre la anulación del laudo", 15.
75 Caivano, "La renuncia a los recursos", 133.
76 Caivano, *Arbitraje*, 35.
77 Caivano, "La renuncia a los recursos", 143.
78 Ibid.
79 ATS 403/2006, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2006, FJ 1.

autonomía que la misma Constitución impone al reconocer al arbitraje como un sistema alternativo de resolución de conflictos[80] con normas y procedimiento propios.

La Corte comunica que las causales de nulidad previstas por el artículo 31 de la LAM son taxativas, impidiendo así pretender interponer una acción de nulidad fuera de las razones recogidas por la ley.[81] Lo anterior se deriva de la base del principio de la intervención judicial mínima sobre el cual la Corte establece que es –precisamente– el limitante a la interferencia injustificada de la justicia ordinaria sobre el arbitraje; también, la efectividad del arbitraje depende del respeto y la independencia que le otorgue la justicia ordinaria pues un control indiscriminado, violaría el carácter que la Constitución le confiere y anularía la voluntad de las partes.[82]

8.2. El orden público

La delimitación del espectro de análisis que se requiere para abordar de manera profunda la definición de la procedencia de la renuncia en Ecuador, deja ver que no solo se debe atender a la inevitable cooperación judicial, en su rol asistencial, con el arbitraje; también es necesario entender la interacción de sus ejes ideológicos. Tanto el contractualismo, que deriva en la conveniente independencia judicial de la que goza el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, y el limitante filosófico de la renuncia, que deriva básicamente en una concepción procesalista del orden público constitucional; permiten observar la delgada línea a dilucidar.

Es necesario aclarar que el objeto del orden público sobre el cual se trabaja en el presente análisis se circunscribe, en Ecuador, dentro de las garantías del debido proceso ofrecidas por el artículo 76 de la Constitución –específicamente el numeral 7 respecto al derecho a la defensa– es decir, un orden público que se recoge constitucionalmente, pero en su matiz procesal.

Este concepto permite que aquellos principios básicos sobre los cuales el legislador ecuatoriano articula la correcta protección procesal, se identifiquen como el espíritu a resguardar por parte de los jueces con respecto a la revisión de la anulación del laudo. No pueden convertirse en una puerta falsa para que los jueces ordinarios tengan carta abierta para quebrantar la independencia arbitral y revisar la decisión de fondo del arbitraje.[83]

80 Ver Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador.
81 Ver Sentencia No. 323-13-EP/19.
82 Ibid., párr. 33-37.
83 Remón. “Sobre la anulación del laudo”, 15.

De aquí que el límite de la materia se ratifique en el efectivo balance de la autonomía arbitral con el imperativo control judicial sobre errores procedimentales del laudo. Paralelamente, la falta de regulación sobre el tema en la legislación ecuatoriana inhibe analizar, de manera más precisa, dónde realmente puede trastocar el efecto negativo de la renuncia a la acción de nulidad en un eventual agravio al orden público. En consecuencia, se puede advertir que, al menos, es evidente que se debe proteger un orden público de carácter procesal y respecto de las garantías establecidas en la Constitución de la República sobre el debido proceso y el derecho a la defensa.

En todo caso, resulta atractivo analizar si el modelo suizo y sus requisitos, repetidamente apoyados durante este análisis, satisfacen las necesidades de control judicial aplicables para Ecuador.

9. El desplazamiento del control judicial de la sede hacia el *exequátur*

Los autores recogidos en este trabajo tienen diferentes visiones y, en mayor o menor medida, ahondan sobre qué condiciones han de observarse para ubicar el adecuado límite a la renuncia. Su concepción recoge como referente al modelo suizo, peruano, español, panameño, entre otros. De cualquier modo, todos exploran una misma lógica: el control judicial necesario dentro de la acción de nulidad y cómo este no necesariamente debe ser ejercido dentro de la sede, es decir, por los jueces que conocen la anulación. En la medida en que este mismo control pueda ser desplazado, al menos en esencia, a los jueces de ejecución, la renuncia tendrá pleno sentido y justificante.

En este sentido, cabe aclarar que los laudos con componente internacional imponen la necesidad de que los mismos sean ejecutados en un lugar diferente a donde fueron expedidos y de aquí se derivan varias implicaciones. En la medida en que este tipo de laudos se impugnen sobre la base de las vías procesales del lugar donde fueron proferidos, indica que estos entonces se remitirán a las causales que la legislación de dicha sede indique. Pero también tendrán que remitirse a una nueva revisión en los tribunales del lugar donde se los pretende ejecutar.[84]

Aunque la base del control en ambas instancias se comparte con evidente conexión, pues buscan a fin de cuentas controlar la actividad jurisdiccional del árbitro, el problema que revelan es –precisamente– un innecesario doble control para un mismo objetivo. En consecuencia, es esta sola modificación a la percepción generalísima de irrenunciabilidad, la que permite plantear una nueva concepción del recurso de anulación en la que las partes están plena-

84 Caivano, "La renuncia a los recursos", 158.

mente facultadas para desistir de él, en la medida en que tengan por seguro que el mismo control será ejercido por quien se encargue del pedido de reconocimiento de su laudo.[85]

Esta misma garantía de control es definida por la legislación suiza que –como se ha expresado anteriormente– prevé la posibilidad de que las partes elijan renunciar a la revisión en la sede, siempre y cuando se presente eventualmente una revisión, de todas maneras, en la ejecución.

9.1. La eficacia del modelo suizo

Como ya ha sido evaluado, el modelo impuesto por Suiza dentro de su LDIP configura una propicia escala de equilibrio entre el control judicial a la validez del laudo y la debida autonomía arbitral. Además, previene un presupuesto extra que no se contempla por otras legislaciones, el que el laudo, a pesar de ser internacional, deba ser ejecutado dentro del mismo país sede. No tendría ningún sentido la renuncia en este último caso, en vista de la inoperancia que representa al ser el laudo ejecutable de inmediato dentro de la misma sede que lo expidió ya que se prescindiría de la revisión en sede de ejecución.[86]

En este sentido, el modelo suizo ha advertido una adecuada solución que es, efectivamente, prever la factibilidad del caso al imponer dentro de su LDIP[87] que, aquellos laudos que han sido proferidos para ejecutarse dentro de la misma sede, deban seguir necesariamente un proceso de homologación al asimilarse como laudos extranjeros, para efecto de su control. Por lo tanto, el procedimiento de revisión judicial será garantizado incluso, cuando el mismo sea, en principio, improcedente.

La filosofía que inspira esta ley es la de tratar a los laudos como extranjeros cuando las partes así lo quieran –al renunciar al recurso de nulidad– y, por ende, los laudos cuyo único vínculo con la sede suiza es que las partes la han determinado como sede del arbitraje, exigen que a pesar de haber sido excluido del control judicial de anulación, sea necesario de todas maneras un proceso de reconocimiento previo a la luz de la CNY.[88]

85 Ver Núñez, "El recurso de anulación de laudo", 23-24.

86 Este es precisamente el caso ecuatoriano desde la reforma al COGEP en 2018 que elimina el proceso de homologación de laudos por lo que pasan directamente a un proceso de ejecución. Disposición Derogatoria Segunda, Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal [Ley para el Fomento Productivo], R.O. Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018.

87 Ver Artículo 192, LDIP.

88 Zuleta, "La renuncia al recurso de anulación contra el laudo", 253.

9.2. Presupuestos para el correcto funcionamiento del modelo suizo

La LDIP, en su artículo 192, dispone que solo se aplicarán sus disposiciones sobre la renuncia anticipada a ejercer el recurso de nulidad en tanto se cumplan las siguientes condiciones: 1.- que las partes no tengan vínculo territorial con Suiza;[89] 2.- que también hayan expresado su voluntad mediante escrito posterior o en el mismo convenio arbitral;[90] y 3.- finalmente les permite limitar la elección de causales que quieren excluir[91] correspondientes al artículo 190 de la misma ley.

Adicionalmente, el artículo mencionado otorga facultad a los tribunales suizos para revisar, incluso, aquellos laudos que podrían ser reconocidos automáticamente por pretenderse su ejecución dentro del mismo territorio suizo. Básicamente, de existir una renuncia al recurso de nulidad válidamente establecida, cualquiera de las partes puede pretender el reconocimiento y ejecución del laudo en Suiza aplicando la CNY por analogía, como si fuese una ley nacional.[92]

> El efecto directo del artículo 192 de la LDIP es que el laudo no puede ser impugnado ante la Corte Suprema Federal suiza respecto de todas o algunas de las causales establecidas en el artículo 190(2) de la LDIP que han sido excluidas.[93]

10. La improcedencia de la acción extraordinaria de protección para suplir al *exequátur*

Queda claro que en una mayoría de legislaciones, la ecuatoriana incluida, la acción de nulidad se toma como el único remedio a violaciones procedimentales. Sin embargo, se han trabajado nuevas posibilidades a partir de acciones-recursos dentro del ámbito constitucional. España, por ejemplo, ha determinado como única salvedad contra la decisión que pone término al juicio de anulación, la vía del amparo constitucional.

A partir de su negativa frente a la procedencia directa del recurso de amparo para impugnar el laudo arbitral, el Tribunal Constitucional de España ha determinado que las garantías procesales constitucionalmente recogidas,

89 Se refiere a que ninguna de las partes tenga su domicilio, residencia habitual o un establecimiento comercial […] – entendido como ´cualquier establecimiento que, en dependencia de una sociedad principal […], realice una actividad similar […] gozando de cierta autonomía´ Gini c. Tissage de toiles de Langenthal S.A., Corte Suprema Federal, 7 de marzo de 1977– en Suiza. Baizeau y Stirnimann. "Renuncia al derecho de impugnar un laudo", 153.

90 Ver requisitos establecidos por la Decisión 4A_53/2017, Tribunal Federal Suizo, 17 de octubre de 2017.

91 "[…] La posibilidad de excluir una o más causales de nulidad […] solo se aplica si se cumplen dos condiciones: (A) cuando las partes no tienen relación con Suiza y (B) cuando han celebrado un acuerdo de exclusión específico para dicho efecto". Baizeau y Stirnimann. "Renuncia al derecho de impugnar un laudo", 153.

92 Ibid., 164.

93 Ibid., 163.

tampoco pueden trasladarse con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral.[94]

Ecuador, por su parte, se ha asentado sobre una contraposición de criterios que terminan alterando el control al que está sometido el laudo arbitral. Primero, la Corte Constitucional expone un criterio en la sentencia No. 302-15-SEP-CC en el que, virtualmente, amplía el espectro de las causales de anulación frente al laudo arbitral incluyendo a la falta de competencia y motivación como causales válidas a pesar de no ser recogidas por el artículo 31 de la LAM.[95] Sin embargo, en un segundo momento, la actual Corte Constitucional se aparta de dicho pronunciamiento al establecer que este anterior criterio:

> […] atenta contra la taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que constituyen un efecto del principio de intervención judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje.[96]

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional abrió una puerta muy debatible sobre la necesidad de agotar la acción de nulidad en casos que, inclusive, no se enmarcan en las posibilidades estrictamente señaladas por el artículo 31 de la LAM;[97] "[…] se convirtió a la acción de nulidad en una vía adecuada y eficaz para solventar cualquier vulneración a derechos constitucionales o al debido proceso durante el arbitraje",[98] cuando esto es facultad de la acción extraordinaria de protección (en adelante AEP).

La nueva línea jurisprudencial rescata la posibilidad de remitirse directamente a la AEP para atacar vulneraciones que no encuentren sustento en la acción de nulidad y su lista recogida taxativamente.[99] Con respecto a las vulneraciones que se enmarquen en las causales del artículo 31 de la LAM, la Corte establece que solo podrá proceder la AEP de manera residual, tras haber sido agotada la vía judicial para la nulidad.

Lo anterior demuestra que en Ecuador la AEP es una factible posibilidad que amplía las vías de impugnación que se tienen frente al laudo arbitral. Esto bien podría significar que entonces Ecuador garantiza, a fin de cuentas, un control

94 Cabe recalcar que, mientras los requisitos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reservan a la jurisdicción ordinaria, frente al arbitraje "[…] sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, […] el recurso o acción de anulación […]" Sentencia 9/2005, Tribunal Constitucional, Sala Primera, 17 de enero de 2005, FJ 2.

95 Ver Sentencia No. 302-15-SEP- CC, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de septiembre de 2015.

96 Sentencia No. 323-13-EP/19, párr. 32.

97 "Para activar la acción extraordinaria de protección contra un laudo arbitral, como una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional, se requería el agotamiento de la acción de nulidad únicamente por cinco causales taxativamente establecidas en la ley […], las violaciones de derechos constitucionales no relacionadas a las causales de nulidad […], podían ser directamente reclamadas ante la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección." Sentencia No. 31-14-EP/19, párr. 52.

98 Ibid., párr. 53.

99 Ibid., párr. 54.

supletorio para aquellos casos no expresamente establecidos en el artículo 31 de la LAM. De esta manera no parece absurdo concluir que nada tiene que ver el análisis pretendido por el presente trabajo pues, en todo caso, la interacción del control judicial con el arbitraje no tendría cabida en este ordenamiento toda vez que se permite renunciar a la acción de nulidad en todos los casos ya que el control ordinario estará siempre presente en la vía constitucional.

No obstante, es menester entender de manera adecuada la línea de pensamiento de la Corte Constitucional que, en realidad, pretende aclarar la indebida interacción de la AEP con el control judicial al laudo y los indeseables efectos que esta confusión trae consigo. El tema, desde una limitada visión adecuada para analizarlo, desecha sin dudas que la AEP cambie el rumbo de análisis presentado. Incluso, se desecha la posibilidad de que la AEP supla la esencia del control que se pretende obtener al desplazar la revisión judicial, de la sede a la instancia de ejecución.

11. Discusión final

En definitiva, es evidente que el punto focal de la discusión sobre la posibilidad o no de renunciar a la acción de nulidad como remedio procesal para los errores *in procedendo* incurridos en el laudo arbitral, se concentra en dilucidar la delgada línea entre dos aspectos. El primero, la renuncia a la acción de nulidad en términos generales. El segundo, un eventual control absolutamente garantista e indeseable sobre el orden público del laudo –que contiene garantías entendidas como acceso a la justicia, derecho a la defensa, debido proceso, entre otros–.[100]

Por un lado, cuando se limita la discusión a la irrenunciabilidad, lo que sucede es que las partes a pesar de ser libres de determinar por su propia voluntad el someter a arbitraje las controversias que versen sobre sus derechos disponibles –excluyendo la decisión de fondo por los jueces ordinarios–, no podrían, en cambio, hacer valer su voluntad frente al control único y de carácter infranqueable que representa la revisión del laudo en la vía judicial de la sede tras una impugnación por nulidad.

La instancia de revisión por las causales de nulidad previstas por ley sería instituida entonces como improrrogable porque pretende analizar el laudo desde requisitos ordinariamente establecidos en normas adheridas al bloque de interés público.[101] Resulta un criterio acertado pues no tendría sentido que la justicia ordinaria reciba la potestad de juzgar una nulidad sin al menos poder controlarla en concordancia con el debido proceso. El problema es que el res-

100 Julio C. Rivera, "La ejecución de laudos anulados y la CNY: tres perspectivas diferentes", *Revista Derecho y Ciencias sociales,* https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2361, 107.

101 Caivano, "La renuncia a los recursos", 153.

paldar una irrenunciabilidad absoluta, deja a un lado ciertas particularidades que se derivan de la misma naturaleza arbitral.

A partir de esto, el presente trabajo ha distinguido aquellos presupuestos esenciales para el correcto entendimiento de la naturaleza que rige esta renuncia. La investigación denota que, de hecho, la renuncia es posible desde un marco de conveniencia que no mire esta figura como una imposibilidad tajante por ser contraria a un proteccionismo filosófico del orden público –en su arista procesal– debido a que es indispensable comprender, más bien, cómo debe funcionar una debida interacción entre la justicia ordinaria y el arbitraje.[102]

En consecuencia, el eje sobre el cual recae el análisis de contravención al orden público dentro de este trabajo se basa, en realidad, en un estándar de aplicación. El mismo impone la necesidad de mirar a la posibilidad de la renuncia respecto de la protección a mínimas garantías necesarias en todo proceso jurisdiccional, teniendo en cuenta que solo funcionaría una norma de este tipo en tanto prevea la posibilidad de realizar un control posterior al laudo, independientemente de en qué instancia se lo haga –a pesar de que, idealmente, la sede de ejecución prevea una revisión esencialmente similar a la de la sede de nulidad–.[103]

Aunque sea indispensable revelar que la respuesta al problema jurídico, de manera general, se asienta sobre la estructuración de un modelo adecuado para su funcionamiento, el verdadero espíritu que impulsa la discusión del tema impide estancar el problema en una mera visión utilitaria.

Queda claro que es solamente en la medida en que se inhiba una debida protección procedimental al laudo, que se trastoca el límite de estos presupuestos inderogables de control judicial. Además, también es notable que este control puede ser desplazado mientras sea una manifestación expresa de la voluntad de las partes que no tengan un vínculo territorial con la sede. Lo segundo, parece indicar que el orden público se protege en la medida en que salvaguarde la protección de nacionales o residentes de la sede. Sin embargo, sería un despropósito no incentivar un mayor debate futuro sobre el tema que, indudablemente, genera nuevas preguntas académicas y prácticas.

Para efectos del análisis propuesto en este estudio, es primordial el enfoque de estos requisitos como pilares fundamentales para sostener un modelo que, bien entendido, demuestra no tener ninguna contraposición al orden público. Este precepto, esencialmente, recae sobre la imposición de un control inderogable al laudo arbitral. La renuncia debe aspirar a un desplazamiento del control judicial más que a una renuncia en estricto sentido. Esto es lo que, a

102 Ver Caivano. *Arbitraje,* 94-96.
103 Ver Caivano, "La renuncia a los recursos", 133-165.

fin de cuentas, las legislaciones extranjeras han previsto dentro de sus ordenamientos jurídicos.

No obstante, esta es la generalidad derivada de la renuncia como presupuesto viable dentro del arbitraje que, a su vez, se integra como una serie de distinciones de conveniencia más que verdaderamente de ineficiencia jurídica. En cualquier caso, impone un marco base para finalmente entablar una respuesta concreta a la pregunta de investigación y el objeto sobre el que recae: el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Partiendo de la inconveniencia que resulta el tener un doble control de una misma naturaleza –en la sede y en el *exequátur*– que reste eficacia al arbitraje, es necesario anunciar cuál es la ineficiencia que, en Ecuador, impediría esta renuncia.

En resumen, el desglose del orden público analizado para Ecuador en este trabajo señala que este, de manera general, se refiere a garantías procesales constitucionalmente establecidas, específicamente el artículo 76 de la CRE con respecto al debido proceso que, en una visión más estricta deviene en el derecho a la defensa.[104] Un análisis final deriva en que la protección que impide la renuncia se basa en aquella garantía que provee a los usuarios del sistema judicial de una instancia de revisión ulterior que evite dejarlos en indefensión frente a la decisión sobre su proceso[105] –en este caso, la acción de nulidad para impugnar el laudo arbitral–.

Sin embargo, al no existir una norma expresa que delimite aún más el tema, parece adecuado identificar, en principio, el manto procesal que rodea a la renuncia a la acción de nulidad dentro de Ecuador, siempre encuadrando su discusión en garantías constitucionalmente recogidas.

En definitiva, la renuncia a la acción de nulidad, en lugar de verse como una contrapartida de esta secuencia de garantías constitucionales sobre las que trabaja la acción de nulidad, ratifica la necesidad de salvaguardar una revisión procedimental que proteja el orden público de los usuarios del sistema arbitral ecuatoriano.

12. Conclusiones y recomendaciones

Esta investigación ha permitido ahondar sobre los presupuestos esenciales a tener en cuenta para discutir sobre una posible renuncia a la acción de nuli-

104 Artículo 76(7), Constitución de la República del Ecuador, 2008.

105 Ver Sentencia No. 124-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de abril de 2015 (explicando cómo los mecanismos de impugnación son los instrumentos procesales –un fin que persigue también la acción de nulidad como remedio procesal al laudo provisto por la le – que permiten acceder a otras instancias de revisión con el propósito de garantizar el ejercicio pleno del derecho a la defensa, lo que constituye una garantía que configura su derecho constitucional al debido proceso).

dad. Si bien el trabajo ha repasado doctrina, legislación y jurisprudencia que aboga por la indisponibilidad de la materia, definitivamente esta posibilidad es viable en la medida en que no contravenga el orden público y las mínimas inderogables del debido proceso y el derecho a la defensa.

Es indispensable entonces que esta posibilidad se envuelva dentro del manto de la correcta interacción judicial-arbitral, que tiene como último propósito resguardar este orden público asegurando una revisión procedimental sobre el laudo.

Por esta razón se recomienda configurar esta renuncia entendiendo la naturaleza que la impulsa, es decir, un correcto desplazamiento del control judicial indistintamente de la instancia en la que dicha legislación desee garantizarlo –judicial, constitucional o apropiadamente en armonía con la jurisdicción otorgada al arbitraje, en la sede de ejecución–. Así, el aceptar esta posibilidad, permite a las legislaciones arbitrales otorgar la eficacia que ha llevado a discutir la presente problemática.

Lo que en realidad se debe garantizar es entonces un estándar de control inevitable que proteja el laudo contra arbitrariedades *in procedendo*. Esto, siempre que se tenga en cuenta la verdadera balanza de la autonomía de la voluntad y el orden público, pues el segundo solo será protegido en tanto aborde la lógica de un esquema que garantice la posibilidad de revisar al laudo en un determinado momento.

Es necesario, también, diferenciar aquellos laudos domésticos –en donde la ejecución será automática por pretenderse dentro del mismo territorio en donde el laudo ha sido proferido– y aquellos laudos de arbitraje internacional en donde se persigue el reconocimiento y ejecución en un lugar distinto a la sede. Solo en el segundo caso tendrá pleno fundamento el que las partes renuncien a su acción-recurso de nulidad, toda vez que el laudo podrá tener, de todas maneras, una revisión al amparo del artículo V de la CNY en el *exequátur,* que es lo que al final del día se pretende resguardar.

Finalmente, con relación al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el permitir la renuncia a la acción de nulidad arbitral no amenaza las garantías procesales mínimas establecidas por la legislación ecuatoriana para contar con un debido proceso, ya que en principio ni siquiera se trata de una estricta renuncia a derechos. Esto en realidad asegura la protección anhelada puesto que no se impone sobre aquello que resulta contrario al orden público –la falta de control judicial del laudo–. Solo lo desplaza.

La sugerencia que exhibe este trabajo para el correcto ejercicio de la renuncia a la impugnación del laudo por nulidad, corresponde a los requisitos expuestos por el modelo suizo y sus beneficios –expresados a lo largo del trabajo–. Estos

son: que las partes no tengan relación con la sede y que hayan otorgado su voluntad expresa sobre este acuerdo.

De la misma manera, es necesario tener en cuenta la necesidad que representa la realidad de ordenamientos como el ecuatoriano, que imponen una ejecución automática de los laudos al eliminar el requisito de homologación. Para esto, también se sugiere adoptar el modelo suizo en tanto que obliga al laudo a ser asimilado como uno extranjero para efectos de su inevitable y necesario control.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Consecuencias de la ausencia de regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje comercial en Ecuador

Consequences of the absence of regulation of third party funding in commercial arbitration in Ecuador

Daniel Fernando Ibarra*

Recibido / Received: 07/05/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2272

Citación:
Ibarra Villacís, D.F.. «Consecuencias de la ausencia de regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje comercial en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 105-129, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2272.

* *Alumni* de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Quito 170901, Pichincha, casilla postal 17-1200-841, Ecuador. Correo electrónico: dani.2504@hotmail.com ORCID iD: https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-0211-5683

Resumen

Es un hecho que no hay regulación expresa respecto del TPF (financiamiento por terceros) en Ecuador y en varios países del mundo. Esta ausencia ha generado que varios expertos del arbitraje planteen problemas que pueden presentarse al utilizar este método. Por otro lado, existe otra corriente que propone que establecer una regulación estricta, limitaría el desarrollo del TPF. Sin embargo, tras analizar las posturas y problemas que respectan al TPF, se propone que sería más beneficioso y eficiente regular el TPF en los reglamentos de cada centro de arbitraje, a través de recomendaciones generales que no establezcan demasiadas barreras al funcionamiento de este método. El Ecuador tiene un ordenamiento jurídico amigable con el TPF, dado que este método no es contrario al orden público, y las partes pueden actuar bajo el principio de la autonomía de la voluntad ante la ausencia de prohibición expresa.

Palabras clave

Arbitraje; financiamiento; financista; método; intereses

Abstract

It is a fact that there is no express regulation regarding the TPF in Ecuador and in several countries of the world. This absence has led to various arbitration experts raising issues that may arise when using this method. On the other hand, there is another current that proposes that establishing a strict regulation would limit the development of the TPF. However, after analyzing the positions and problems regarding the TPF, this paper proposes that it would be more beneficial and efficient to regulate the TPF in the regulations of each arbitration center, through general recommendations that do not establish too many barriers to the operation of this method. Ecuador has a legal system that is friendly to the TPF, since this method is not contrary to the public order, and the parties can act under the principle of autonomy of the will in the absence of an express prohibition.

Keywords

Arbitration; champerty and maintenance; financing; funder; method; interest

1. Introducción

Third Party Funding[1] o financiamiento por terceros, es un método utilizado en el arbitraje, al cual pueden acudir las partes con el objetivo de que un tercero, ajeno al conflicto, financie todos los costos del proceso arbitral; a cambio de un beneficio económico.[2] Este tercero financista puede ser una compañía que busque invertir, o puede ser el estudio jurídico de abogados que representa a la parte en el arbitraje; no existe una limitación de quien puede ser financista.[3] El financiamiento se maneja bajo un acuerdo entre las partes, un convenio de carácter privado y confidencial, que es completamente ajeno al conflicto objeto del arbitraje. Santiago Theoduloz, comenta respecto a la naturaleza del TPF, lo siguiente:

> Así, vamos a estar frente a un TPF cuando; (i) Un tercero ajeno a las partes; (ii) soporte parte o la totalidad de los gastos (costos y honorarios) de un arbitraje, asumiendo en definitiva los riesgos de la actividad arbitral; (iii) con un determinado interés en la disputa que le reportará un beneficio.[4]

El financiamiento por terceros en el arbitraje es un método que puede llegar a abrir muchas puertas, pues no todos los interesados pueden acceder al mismo debido a sus elevados costos.[5] Lisa Bench señala que el TPF es la solución para aquellas partes que no pueden acceder a un arbitraje por falta de recursos económicos; por lo que el financiamiento lógicamente abre las puertas a aquellos que de otra manera no podrían continuar con un reclamo arbitral, o ayuda a esos clientes con muchos reclamos en curso, mitigando su exposición al riesgo.[6]

Antes, muchos países anglosajones prohibían el financiamiento en litigios, y a pesar de que hoy en día han levantado esta prohibición, han guardado un silencio en cuanto al financiamiento en el arbitraje.[7] Es importante analizar las consecuencias de la ausencia de regulación del TPF a nivel nacional e internacional; ya que se genera la duda de si podría convertirse en un problema para

1 En adelante TPF, por sus siglas en inglés.

2 *Ver*. Santiago Theoduloz, "'Third Party Funding'; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional", *Revista de Derecho* 20 (2019): 159-187, https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1850.

3 *Bullard Falla Ezcurra,* "¿Cómo Financiar Tu Arbitraje? Las Ventajas del Third Party Funding", (Junio 2020). https://www.bullardabogados.pe/boletines/2020/Boletin_especial/day04-06/contenido.html#pregunta1.

4 Theoduloz, "'Third Party Funding'; relevancia internacional," 164.

5 *Ver*. Noor Kadhim. "Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration". *Kluwer Arbitration Blog*. (Julio 2017). http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/17/whose-line-credit-anyway-third-party-funding-issues-arbitration/.

6 Traducción Libre, Lisa Bench Nieuwveld. "Third Party Funding – Investment of the Future?". *Kluwer Arbitration Blog*. (Noviembre 2011). http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/01/third-party-funding-investment-of-the-future/.

7 Harvard Law School Center on the Legal Profession, "A Brief History of Litigation Finance - The cases of Australia and the United Kingdom", *Litigation Finance* 5, no. 6 (Septiembre/Octubre 2019), https://thepractice.law.harvard.edu/article/a-brief-history-of-litigation-finance/.

el arbitraje, o, por el contrario, si este silencio normativo permite una mayor libertad de acción para las partes.

Este artículo se centra en el arbitraje comercial en el Ecuador, tanto doméstico como internacional. A través de un análisis deductivo, se investigaron los principios del arbitraje y cómo los mismos permiten el desarrollo del TPF. También se revisaron casos de arbitraje donde la intervención de un financista ha sido cuestionada. Se consideró legislación comparada con países que han regulado el TPF; para luego aterrizar el análisis en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y definir si Ecuador es un país que lo permite o lo limita y, finalmente, se presentan recomendaciones para mejorar la práctica del TPF en Ecuador.

2. Situación actual del TPF

Han pasado varios años desde que se empezó a aplicar este método de financiamiento en el arbitraje internacional, pero pocos países lo han regulado dentro de sus ordenamientos internos.[8] Surgen distintas posiciones respecto al TPF, mismas que parten del hecho de que no existe regulación ni normativa internacional respecto de este tema.

Por ejemplo, Kiera Gans y Harout Samra señalan que si bien la actitud de esperar y ver pudo haber tenido sentido hace unos años, cuando evitar reaccionar exageradamente al fenómeno del TPF era totalmente comprensible; pero el rápido y persistente aumento de TPF en la comunidad de arbitraje sugiere que llegó el momento de actuar al respecto.[9]

Dentro de esta tendencia formalista, los doctrinarios que la respaldan plantean que debe existir una mayor regulación para garantizar seguridad jurídica. Francisco Blavi comentó sobre este punto que, "es importante apoyar el desarrollo de TPF y aprovechar sus beneficios, al mismo tiempo que se regula lo necesario para evitar incertidumbres y limitar sus peligros".[10]

Otro grupo de autores defienden la postura de que no se debe regular a fondo este método, ya que con los principios básicos y directrices generales del arbitraje internacional basta para establecer límites a este financiamiento.[11] Ade-

8 International Council for Commercial Arbitration y Queen Mary University of London, Report of the Icca-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, Reporte No. 4, abril de 2018.

9 Traducción Libre, Kiera Gans y Haroit J. Samra. "Chevron-Lago Agrio: the risks of third-party funding in multijurisdictional disputes" *DLA PIPER*. (Diciembre 2014). https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2014/12/international-arbitration-newsletter-q4-2014/chevron-lago-agrio/.

10 Traducción Libre, Francisco Blavi. "It´s about time to regulate third party funding", *Kluwer Arbitration Blog*. (Diciembre 2015). http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/.

11 Marc Krestin y Rebecca Mulder. "Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?". *Kluwer Arbitration Blog*. (Diciembre 2017). http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/12/third-party-funding-international-arbitration-regulate-not-regulate/.

más, sostienen que una mayor regulación en el tema limitaría la autonomía de la voluntad de las partes y la flexibilidad dentro del arbitraje.[12] Al respecto, Marc Krestin y Rebecca Mulder plantearon que, si bien el financiamiento por terceros es un área que requiere mayor regulación, intentar regularlo –al menos a nivel nacional– puede no necesariamente ser el mejor camino a seguir.[13]

Otra postura, apartada de las anteriores, se inclina por el ser más allá del deber ser, misma que señala que sería muy difícil regular el TPF por la infinidad de situaciones que podrían llegar a surgir en la práctica, por lo que recaerá en los tribunales y sus árbitros el deber de plantear los problemas legales que acarrea este método.[14] Así como lo señalan Marc Krestin y Rebecca Mulder,

> […] es prácticamente imposible abordar todos los problemas y preocupaciones con un solo conjunto de reglas claras y vinculantes; Los problemas asociados con la financiación de terceros pueden diferir de un caso a otro, de una jurisdicción a otra y están destinados a cambiar con el tiempo, al igual que la forma en que se practica la financiación de terceros y la forma en que se percibe. No existe una 'talla única' y la flexibilidad es clave.[15]

Sin embargo, estas son solamente posturas doctrinarias respecto del financiamiento por terceros. Para poder llegar a una conclusión o poder realizar una propuesta sustentada, el trabajo también analizará casos reales de arbitrajes financiados con el fin de entender cómo funciona este método actualmente en la práctica, sin una regulación clara.

3. Desarrollo

3.1. Consecuencias que acarrea la ausencia de regulación del TPF

3.1.1. Problemas doctrinarios

Existen varios autores, árbitros y abogados, dentro del mundo del arbitraje, que han criticado el uso del TPF, planteando inconvenientes que podría acarrear este método de financiamiento.[16] Críticas que deben ser revisadas para

12 Traducción Libre, Charlie Morris y Franca Ciambella. "Arbitration and Litigation Funding in Singapore and Hong Kong", *Woodsford Litigation Funding*. (Junio 2020). https://woodsfordlitigationfunding.com/white-paper-arbitration-litigation-funding-singapore-and-hong-kong2/#:~:text=Since%20Singapore's%20Parliament%20passed%20the,associated%20proceedings%20(for%20example%2C%20enforcement.

13 Krestin y Mulder. "TPF To Regulate Or Not?".

14 Traducción Libre, Joseph J. Stroble y Laura Welikson, "Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments", *Defense Counsil Journal* 87, no. 1 (2020): 1-18, https://www.iadclaw.org/assets/1/17/Third-Party_Litigation_Funding_-_A_Review_of_Recent_Industry_Developments2.pdf?4180.

15 Krestin y Mulder. "TPF To Regulate Or Not?".

16 International Council for Commercial Arbitration y Queen Mary University of London, Report Of The Icca-Queen Mary

poder establecer si pudiesen ser superables o si son realmente barreras o problemas para el sistema arbitral.

Un evidente problema es el posible conflicto de intereses, ya que no se puede negar que habrá varios arbitrajes en los que exista un claro conflicto de intereses entre el árbitro y el financista, y esto se debe a que el arbitraje internacional tiene un número limitado de árbitros, abogados y partes, que ya se conocen entre sí. El arbitraje es una industria concentrada a la que, a pesar de ser internacional, las partes que recurren a este método de solución de conflictos suelen ser las mismas, por lo que existen ya estrechas relaciones entre ellas. Garino dice al respecto que,

> Algunos autores argumentan que estos conflictos de interés podrían ser comunes, considerando que la industria del arbitraje internacional se encuentra altamente concentrada. Apuntan al incremento del uso de TPF; al reducido número de firmas financiadoras; a relación "simbiótica" entre financiadores y un pequeño grupo de firmas de abogados; y los vínculos estrechos entre las firmas de élite y los principales árbitros internacionales.[17]

Ante esta situación se propone que, "sin duda revelar la existencia de un TPF es la herramienta que realmente permitirá conocer la existencia de cualquier tipo de conflicto de intereses".[18] Una vez que se conoce del TPF, pueden tomarse como referencia las Directrices IBA (International Bar Association) de Conflictos de Intereses, y determinar si la relación realmente afectaría a la imparcialidad del árbitro.[19]

Cabe notar que no existe una regla general, dado que las Directrices IBA contienen una lista no taxativa de relaciones que pueden presentarse en los arbitrajes,[20] por lo que deberá analizarse cada caso en concreto. Este instrumento de *soft law* establece situaciones ante las cuales el árbitro está obligado a excusarse por la clara presencia de conflicto de intereses, pero también situaciones en las que, una vez revelados los hechos controvertidos, dependerá de las partes el acordar si el árbitro continúa en el proceso o si lo reemplazarán.[21]

Las Directrices IBA son un instrumento muy útil para resolver este problema, ya que una vez que la parte financiada revele el financiamiento, y las partes hayan analizado la relación de este tercero con el árbitro basado en las Directrices IBA; se derivará automáticamente a 2 situaciones: 1) el árbitro será

Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration, Reports No. 4, abril de 2018.

17 Joaquín Garino Podestá y Sebastián Picardo González. "Acceso a la justicia, prácticas abusivas y el paraíso de los apostadores: Third Party Funding en la práctica arbitral internacional", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 35, (2019), 39-60.

18 Theoduloz, "'Third Party Funding'; relevancia internacional," 85.

19 Aren Goldsmith y Lorenzo Melchionda, "The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction". *Kluwer Arbitration Blog,* Marzo 14, 2016.

20 Directrices IBA.

21 *Id.*

reemplazado, o 2) las partes han descartado cualquier conflicto de intereses y desean continuar con el mismo árbitro; evitando así cualquier problema de imparcialidad dentro del resto del proceso.[22]

Otra crítica al TPF es que podría existir un abuso del derecho por parte de los demandantes, y así lo estableció Joaquín Garino, quien sostiene que, "el TPF puede incentivar la presentación de demandas especulativas exageradas, o que no hubieran sido presentadas ante la falta de TPF".[23]

Si bien es cierto que con el apoyo de un financista habrá quienes comiencen arbitrajes que normalmente no lo harían si se tratase de utilizar sus propios fondos, es importante tomar en cuenta que los financistas realizan auditorias y una debida diligencia a los casos, con el fin de asegurar un beneficio, caso contrario no sería visto como una inversión.[24] Es decir, los inversionistas no financiarían cualquier caso que no tenga fundamento suficiente ni posibilidad de éxito.

No existe un límite al financiamiento en un arbitraje, dado que las dos partes podrían ser financiadas, incluso por el mismo financista,[25] y esto podría generar arbitrajes simulados y otras prácticas abusivas, convirtiendo al arbitraje internacional en un centro de apuestas.[26] Sin embargo, ante este problema, Theoduloz estableció que,

> Ahora, ¿existe el riesgo de que una creciente industria de financiamientos de arbitraje genere procesos arbitrales por los beneficios económicos que la actividad conlleva? Entendemos que la única forma de que esto no suceda es regulando a los TPF, pero de ninguna manera prohibiendo los mismos.[27]

Otro problema se plantea respecto a las costas, donde una de las partes no solamente solicita que la parte perdedora cubra sus propios costos, sino también los de la parte que ha prevalecido en el arbitraje. La problemática se refleja en lo comentado por Carlos Ríos: "La lógica detrás de ello suele ser simple: si no hay dinero para cubrir los propios gastos, mucho menos habrá para reembolsar aquellos en los que ha incurrido la contraparte".[28] Sin embargo, la presencia del tercero financista cambia esta situación, dado que es alguien que tiene suficientes recursos para cubrir los costos del arbitraje.[29]

22 Theoduloz, "Third Party Funding"; relevancia internacional," 171.
23 Garino y Picardo. "TPF en la práctica arbitral internacional," 46.
24 "Ventajas Del Third Party Funding".
25 *Ibid.*
26 Garino y Picardo. "TPF en la práctica arbitral internacional".
27 Theoduloz, "Third Party Funding"; relevancia internacional," 174.
28 Carlos Ríos Pizarro. ¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales, *Ius Et Veritas* 54 (2017), 236-243, https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.012.
29 Ríos, TPF y su aplicación en arbitrajes comerciales.

Otro problema relacionado que surge es hasta qué punto puede el tribunal obligar o actuar sobre el financista, de qué manera el árbitro tiene potestad sobre el financista, si el mismo es un tercero ajeno al conflicto, a quien no se le aplicarían las reglas o leyes del arbitraje.[30] Al respecto Garino plantea lo siguiente:

> […] el TPF puede exponer a la parte demandada a lo que la doctrina llama '*hit-and-run*' arbitral. Se conoce como arbitrajes '*hit-and-run*' a aquellos en los cuales la parte demandante insolvente –valiéndose de TPF– no tiene éxito en la disputa, pero ni la demandante ni el tercero financiador se hacen cargo de una condena adversa en costos el '*hit-and-run*' requiere que el tercero no haya asumido la responsabilidad por estos costos en el acuerdo de financiamiento respectivo.[31]

Una vez analizados los problemas propuestos por aquellos críticos del TPF, se vio que los mismos pueden resolverse a través de otros métodos que no implican necesariamente una regulación estricta. La naturaleza misma del TPF ayuda a evitar ciertos problemas, por ejemplo, evitar el abuso del derecho a través auditorias que analicen el caso antes del financiamiento; o los principios y costumbres de la comunidad de arbitraje, que proponen solventar el conflicto de intereses a través de las Directrices IBA. Se puede notar que a pesar de no existir regulación expresa y directa sobre el TPF, los problemas planteados pueden ser superables sin la necesidad de una normativa estricta.

3.1.2. Problemas recopilados por el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial

El Consejo Internacional de Arbitraje Comercial[32] es una organización dedicada a promover el uso y mejorar los procesos de arbitraje, y la Universidad Queen Mary de Londres es una de las principales universidades centradas en la investigación del Derecho durante más de 130 años. El *Task Force*, formado por estas dos instituciones, está compuesto por una amplia gama de profesionales y líderes expertos: árbitros, abogados, firmas, empresas, instituciones arbitrales, académicos y una variedad de terceros financiadores. Su objetivo era realizar un informe en el que se planteara todo lo relevante que respecte al TPF, desde su experiencia.[33]

El Grupo de Trabajo del ICCA-Queen Mary sobre el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje Internacional[34] planteó una serie de problemas con el TPF, entre los que señaló que será cuestión de tiempo que surjan casos en los

30 Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration.
31 Garino y Picardo. "TPF en la práctica arbitral internacional," 46.
32 En adelante ICCA por sus siglas en inglés, International Council For Commercial Arbitration.
33 International Council for Commercial Arbitration y Queen Mary University of London, Report Of The Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration, Reports No.4, abril de 2018.
34 En adelante ICCA-QM, por sus siglas en inglés, International Council For Commercial Arbitration-Queen Mary.

que se dé un conflicto de intereses debido a la concentración que existe en este mercado. Al respecto han dicho que:

> Otros factores incluyen el creciente número de casos que involucran financiamiento de terceros, el segmento altamente concentrado de la industria del financiamiento que invierte en casos de arbitraje internacional, la relación simbiótica entre los financiadores y un pequeño grupo de firmas de abogados.[35]

Debido al reducido número de firmas de abogados y de financistas que trabajan en este mercado actualmente, tarde o temprano llegará a generarse algún tipo de relación entre las partes y los árbitros, o las partes y los financistas, o los financistas y los árbitros;[36] tomando en cuenta el factor de que no existe una restricción o límite a quién puede ser un financista.[37]

Otro problema que surgió es el alcance que tendría la confidencialidad que caracteriza a los arbitrajes, y si esta cubrirá también al tercero financista, es decir, qué pasa con la información que el tercero financista aporte a su financiado, o qué pasa si el financista quiere saber el estado del caso y existe un claro acuerdo de confidencialidad en el que solo las partes podrán conocer sobre este.[38] Mayor sería el problema en el que las partes acuerden que el laudo arbitral será confidencial solamente para ellos y el árbitro, ¿cómo podrá el tercero financista conocer sobre si le beneficia o no el laudo? Con base a esta investigación, el Grupo de Trabajo concluyó que,

> En la mayoría de las jurisdicciones, no hay una respuesta clara sobre si los documentos y la información proporcionados a un financiador serán definitivamente protegidos, […] no hay precedentes o reglas bien establecidos […] con el punto.[39]

Al respecto, el Grupo de Trabajo de la ICCA-MQ, señaló que no se tiene claro todavía sobre si la confidencialidad alcanza a proteger también la información del tercero, como en los documentos que él aporte al caso, "existe una categoría separada (documentos legales creados internamente por el financiador), y es poco probable que estos documentos se usen en el arbitraje ya que el financiador no es parte del procedimiento".[40] Se ha llegado a cuestionar que, dado que el tercero no es en sí una parte del arbitraje, si los principios y reglas de este no deberían obligarlo, así como tampoco protegerlo.[41]

---

35 Traducción Libre, Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration., párr. 82.

36 *Id*.

37 "Ventajas del Third Party Funding".

38 Ryan Smith, "'Tempering the Gambler's Nirvana' A Review into to the issues and regulation of Third Party Funding in Investment Treaty Arbitration". Tesis de maestría. Uppsala University, 2018. http://www.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1212686&dswid=7455.

39 Traducción libre, Report Of The Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration, párr. 124.

40 Traducción Oficial, Id, párr, 119.

41 Francisco Blavi, "It´s about time to regulate third party funding." *Kluwer Arbitration Blog*. (Diciembre 2015). http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/.

El Grupo de Trabajo también se pronunció respecto de las costas que podría solicitar una parte en el arbitraje. En caso de que el tribunal condene a la parte que está siendo financiada, surgió la siguiente duda: ¿podrá el tribunal obligar al financista a pagar estas costas a pesar de que el tercero no es una parte en el arbitraje? El Grupo de Trabajo no tiene clara una respuesta al respecto, pero se señaló que:

> En el arbitraje comercial, en este momento no existe una tendencia uniforme para las aplicaciones de costos. Por lo tanto, los tribunales internacionales tendrán que decidir la garantía de las solicitudes de costos con base a las normas pertinentes de la legislación nacional aplicable.[42]

El Grupo de Trabajo de la ICCA-QM, es una entidad compuesta por los mayores expertos en TPF alrededor del mundo, pero incluso ellos se han limitado a enlistar una serie de problemas respecto del TPF, mas no a proponer una solución o una forma de regulación. Han establecido que no existen precedentes suficientes, ni factores objetivos sustentables que sirvan para proponer una regulación al TPF. Sin embargo, son problemas reales que aquellos países que promuevan la práctica de arbitrajes financiados, deben tomar en cuenta e intentar evitarlos.

3.2. El financiamiento por terceros en la práctica: análisis de casos

Debido al carácter reservado de algunos arbitrajes financiados, no se tiene mucha información pública al respecto de lo que ha sucedido en estos procesos, principalmente, porque aparte de la confidencialidad del arbitraje, existe confidencialidad en el acuerdo de financiación entre la parte y el tercero.[43] Es importante señalar que la revisión de los siguientes casos se enfocó en las primeras etapas del arbitraje, no se analizaron laudos que establezcan parámetros vinculantes respecto del TPF.

Se revisó el caso entre Guaracachi America Inc., empresa inversionista de Estados Unidos, y Rurlec PLC, empresa inversionista del Reino Unido; ambas como partes demandantes y partes financiadas; contra el Estado de Bolivia, como demandado. Un arbitraje de inversiones que se desarrolló bajo Reglas UNCITRAL, el cual surgió a raíz de un tratado de inversiones entre Estados Unidos y Bolivia, y otro entre el Reino Unido y Bolivia.[44]

Dentro del arbitraje se conocía que los demandantes estaban siendo financiados, pero no se conocía quién era el financista. Una vez que terminó el litigio,

42 Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration. párr. 165.
43 *Ver.* Goldsmith y Melchionda, "Disclosure and Third-Party Funding".
44 Caso No. 2011-17, Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA.

el financista reveló su identidad y el Estado boliviano declaró conocerlo, ya que la participación de este había generado conflictos procesales entre inversionistas y Estados anteriormente. De haber sabido la identidad del tercero antes, el Estado boliviano señaló que hubiese presentado un reclamo al respecto.[45]

Otro caso revisado fue el de Oxus Gold pic, parte demandante; y República de Uzbekistán, como parte demandada, proceso que se desarrolló bajo las reglas UNCITRAL. El tribunal notó claramente que el demandante estaba siendo financiado por un tercero y sentó razón en dos providencias del proceso para conocimiento de la parte demandada.[46]

El tribunal dijo que el financiamiento variará en cada caso y dependerá de cada tribunal cómo se maneje el arbitraje, dado que no existen precedentes sustantivos obligatorios con respecto al financiamiento por terceros. El tribunal estableció en el laudo que en este caso la financiación por parte del tercero no afectó en la esencia del proceso arbitral en ningún aspecto.[47]

En Canadá, la Corte Suprema estableció una decisión unánime en el caso entre 9354-9186 Québec inc. y 9354-9178 Québec inc., como demandantes; y Callidus Capital Corporation, como demandado y como parte financiada. Se trataba de un juicio en el que los demandados eran deudores; y un tema relevante a tratar durante todo el caso fue si la Corte Suprema podía o no permitir que los demandados tengan financiamiento en el litigio.[48]

Se estableció que el TPF no era ilegal, pero que la legalidad de los acuerdos de financiación seguía siendo un tema en evolución. A raíz de esta decisión los arbitrajes internacionales con sede en Canadá están considerando el TPF. La posición de la Corte Suprema brinda más acceso a la justicia, y ahora la jurisdicción canadiense ofrece mayor seguridad a las partes, ya que el financiamiento no se considerará contrario al orden público en Canadá.[49]

Otro caso de Canadá es el caso de Houle v St Jude Medical Inc.,[50] en el que la Corte Superior de Ontario estableció que el aprobar o denegar la financiación dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pero que con base a la ley aplicable, el tribunal deberá satisfacer por lo menos estos 4 criterios para aprobar la financiación: (1) el acuerdo necesariamente deberá ser solo para permitir el acceso a la justicia; (2) el acceso a la justicia debe ser sustancialmente significativo; (3) el acuerdo debe ser justo y razonable, debe proteger

45 Prior IAReporter Coverage Of Guaracachi And Rurelec v. Bolivia, Reporte de fecha 3 de junio de 2014, se puede revisar los reportes de este caso de la IA en https://www.iareporter.com/arbitration-cases/guaracachi-and-rurelec-v-bolivia/.
46 Oxus Gold pic v Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Laudo final, 17 diciembre de 2015, párr. 127.
47 Prior IAReporter Coverage Of Oxus Gold v Uzbekistan, se pueden revisar los reportes de este caso de la IA en https://www.iareporter.com/arbitration-cases/oxus-gold-v-uzbekistan/.
48 Québec inc. v. Callidus Capital Corp., 2020 SCC 10 (CanLII), https://canlii.ca/t/j7c04.
49 Hugh Meighen, "The Third Party Litigation Funding Law Review: Canada", *The Law Review* (2021).
50 Houle v St. Jude Medical Inc. Corte Superior de Ontario.

los verdaderos intereses de la parte; y (4) el financista no debe ser compensado en exceso, solo por haber asumido los riesgos.[51]

Un caso cercano a la jurisdicción ecuatoriana es el controversial caso de Chevron-Lago Agrio, en el que el Estado ecuatoriano es la parte accionante, y Chevron es la parte demandada y la parte financiada.[52] La decisión de la Corte del Distrito Sur de Nueva York resaltó que existieron ciertas complicaciones envueltas en la financiación por terceros en las disputas multi jurisdiccionales, sin embargo, no se tiene conocimiento de qué clase de complicaciones, dado que la Corte ha guardado confidencialidad al respecto.[53]

En este caso, la parte financiada, Chevron, había tomado la decisión de no revelar información significativa del acuerdo de financiación dado que era confidencial. Solamente reveló que estaba siendo financiada pero no la identidad del financista; la Corte de NY tuvo problemas con esta no revelación ya que incluso hubo problemas al momento de pagar las tarifas del arbitraje.[54] Problemas de los que no se conoce a fondo, por su confidencialidad.

No se encontró un patrón que se repita en los casos revisados en este trabajo, dado que en algunos casos el financiado fue la parte actora y en otros fue la parte demandada. En los casos analizados no se repitió ningún problema. Por ejemplo, en el caso de Bolivia se vio que el problema no era por el financiamiento en sí, sino por quién era el financista. Por otro lado, en el caso de Ecuador se vio que el problema era la falta de revelación del financiamiento, y la confidencialidad que guardó la parte financiada al respecto.

Sin embargo, también se vieron casos financiados sin inconvenientes. Por ejemplo, los casos de Canadá no presentaron problema alguno, incluso uno de ellos sirvió como precedente vinculante para levantar la prohibición del financiamiento en Canadá, estableciendo que no sería contrario al orden público.[55] Tampoco se encontraron suficientes casos como para establecer conclusiones respecto de un problema que se repita siempre en arbitrajes financiados; solamente se realizó una breve revisión de casos a los cuales se tuvo acceso, para ver cómo se practica el TPF en casos reales y qué pronunciamientos hay sobre este método por parte de los árbitros en los mismos.

---

51 Meighen, "The TPF: Canada".
52 Chevron - Lago Agruio, Corte del Distrito Sur de Nueva York, 2014.
53 Gans y Samra, "Chevron: the risks of TPF".
54 *Ibid*.
55 Meighen, "The TPF: Canada".

3.3. Países que regulan el financiamiento por terceros

Es relevante para el análisis del presente trabajo revisar las legislaciones de aquellos países que han comenzado a regular el TPF, para analizar de qué manera lo han hecho, si desde una tendencia formalista de establecer varios límites o incluso prohibiciones a este método de financiamiento, o si, por el contrario, se han enfocado en establecer directrices generales para un mejor funcionamiento del mismo. Esta revisión también servirá como guía para plantear soluciones a los problemas anteriormente señalados.

3.3.1. Regulación en Singapur

Singapur es uno de los países pioneros en regular el financiamiento por terceros dentro de su ordenamiento jurídico,[56] específicamente a través de la enmienda añadida a su Código Civil en 2016, en la que levanta la prohibición al *champerty* y al *maintenance*,[57] figuras de financiamiento clásicas del *common law*.[58] Esta enmienda define el financiamiento, a quienes se los cataloga como financiadores y financiados, y dentro de qué método de solución de disputas será permitido el financiamiento por un tercero sin que sea contrario al orden público. Las definiciones textuales que tipifica esta norma son:

> 'Financiador externo' significa una persona que se ocupa de financiar la totalidad o parte de los costos de los procedimientos de resolución de disputas en los que la persona no es parte;
> 'Parte financiada' significa una parte en un procedimiento de resolución de disputas que celebra un acuerdo con un Tercero Financiador para el financiamiento de la totalidad o parte de los costos del procedimiento e incluye un liquidador o administrador judicial;
> 'Contrato de financiación de terceros' significa un contrato o acuerdo de una parte o parte potencial para un procedimiento de resolución de disputas con un tercero financiador para el financiamiento de la totalidad o parte de los costos del procedimiento a cambio de una participación u otro interés en el producto o producto potencial de los procedimientos a los que la parte o parte potencial pueda tener derecho
> 'Procedimiento de resolución de disputas' significa el proceso completo de resolver o intentar resolver una disputa entre 2 o más partes e incluye cualquier procedimiento civil, de mediación, conciliación, arbitraje o de insolvencia.[59]

56 Stroble y Welikson, "TPF: Industry Developments".
57 Sección 5A (1). Civil Law (Amendment), Bill No. 38/2016, de noviembre de 2016.
58 Petit, Sherina. "Maintenance and champerty: An end to historic rules preventing third-party funding?", *Norton Rose Fulbright*. (Septiembre 2016). https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/bf0fd6fe/maintenance-and-champerty.
59 Civil Law (10) (Amendment) Bill No. 38/2016.

La enmienda al Código Civil de Singapur es una regulación estricta que pone límites y normas de funcionamiento del TPF, y señala que ante el incumplimiento de estas directrices, el financiamiento se considerará contrario al orden público. Sin embargo, sigue siendo muy general y deja en manos de los legisladores o ministros el generar los respectivos reglamentos para que esta enmienda tenga efecto. Específicamente en su artículo establece que:

> 8) El Ministro puede hacer que los reglamentos necesarios o convenientes sean prescritos para llevar a cabo o dar efecto a esta sección, incluyendo:
> (a) prescribir las calificaciones y otros requisitos que un Tercero Financiador debe satisfacer o cumplir para ser un Tercero Financiador calificado.[60]

Los principales objetivos de esta enmienda fueron: 1) establecer requisitos para que un financista y financiado se puedan catalogar como tal, y aclara que si no se cumplen los mismos, el tercero no tendrá los derechos del acuerdo de financiación. No tipifica los requisitos necesarios, sino que 2) señala que los legisladores deberán hacer las enmiendas necesarias para establecer los requisitos para el financiamiento por terceros.[61]

3.3.2. Regulación en Hong Kong

Hong Kong es otro de los primeros países en regular el financiamiento por terceros en su ordenamiento jurídico a través de la Ley de Arbitraje y Mediación (Financiamiento por Terceros) (Enmienda) Ordenanza, 2017. Esta ley está compuesta por definiciones, requisitos, directrices, y también levanta la prohibición de *maintenance* y *champerty*.[62] En su sección introductoria, esta ley establece que servirá "para garantizar que la financiación de terceros en el arbitraje o en mediación no esté prohibida por las doctrinas del *common law* de *manutención* y *champerty*; y proveer las medidas y salvaguardias necesarias".[63]

La Ley define el TPF y cada uno de sus elementos, también establece requisitos necesarios para que el acuerdo de financiamiento entre las partes sea válido.[64] En su capítulo 5 señala el tipo de comunicación que debe existir dentro de un arbitraje financiado, y la obligación de revelar: 1) que la parte está siendo financiada, 2) el nombre del financiador, y 3) cuándo termina la financiación. También indica que esta información debe revelarse a todas las partes del proceso, tanto árbitros como contraparte. El artículo –en su idioma original con el fin de mantener la esencia del mismo– señala lo siguiente:

60 *Id.*, (8).
61 Civil Law (Amendment), Bill No. 38/2016. Explanatory Statement.
62 Division 3. 98 L. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance No. 6 de 2017.
63 Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment).
64 *Id.,* Division 2. Interpretation.

98U. Disclosure about third party funding of arbitration
(1) If a funding agreement is mad, the funded party must give written notice of
(a) the fact that a funding agreement has been made; and
(b) the name of the third party funder.
(3) The notice must be given to
(a) each other party to the arbitration; and
(b) the arbitration body.[65]

Esta regulación se limita a establecer recomendaciones generales, y no entra a enlistar taxativamente limitaciones o problemas. Esto podría ser beneficioso para el TPF, porque la regulación brinda libertad de acción a las partes, pero a la vez establece parámetros a nivel nacional para que todos los arbitrajes mantengan una misma línea. Al respecto, Woodsford, una de las empresas más grandes de financiamiento en litigación y arbitraje, ha señalado que:

Los cambios recientes en Hong Kong y Singapur han demostrado un compromiso con el principio de autonomía de las partes y 'acceso a la justicia' en el arbitraje y han elevado el perfil del sistema judicial en ambas jurisdicciones.[66]

3.3.3. Regulación en Canadá

Canadá es un país con una legislación de *common law* que prohibía el *maintenance* y *champerty*. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, la Corte Suprema levantó esta prohibición y sentó razón de que el financiamiento en litigios y arbitraje no sería contrario al orden público canadiense.[67] Aparte, Canadá suscribió un instrumento internacional con la Unión Europea, el Acuerdo Económico y Comercial Global,[68] un acuerdo integral de economía y comercio entre Canadá y la Unión Europea, en el cual tratan el financiamiento por terceros.

El CETA comienza su capítulo 8, correspondiente a Inversión, definiendo conceptos que serán objetos de las relaciones comerciales del tratado, y define al TPF. Luego señala que la parte financiada debe revelar a la contraparte y al tribunal la identificación del financista. Indica que la etapa para revelar el financiamiento debe ser al presentar la demanda, y que la terminación se notificará el instante en el que concluya el acuerdo. De manera textual el artículo establece lo siguiente:

Artículo 8.26 - Financiamiento de terceros
1. Cuando exista financiamiento de un tercero, la parte contendiente que se beneficie del mismo revelará a la otra parte y al Tribunal el nombre y la identificación

65 98U. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment)
66 Morris y Ciambella, "Arbitration Funding in Singapore and Hong Kong".
67 Houle v St. Jude Medical Inc. Corte Superior de Ontario.
68 En adelante CETA por sus siglas en inglés, Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement.

> del tercero financiador.
> 2. La divulgación se hará al momento de la presentación de la demanda. Si el acuerdo de financiamiento concluye, o si el financiamiento se realiza después de la presentación de la demanda, la divulgación se hará tan pronto como se concluya el acuerdo o tan pronto se haga la donación.[69]

El CETA enfoca solamente un capítulo al TPF, por lo que todavía es un instrumento legal muy general, sin embargo, se aprecia que se limita a establecer recomendaciones y definiciones para que las partes tengan claros los conceptos dentro de un arbitraje financiado. No es una ley que establezca límites o prohibiciones; solamente establece directrices para un mejor funcionamiento del arbitraje.

Tras analizar estas tres legislaciones internacionales, se notó que la manera en la que han regulado el TPF no es muy estricta, pues se han limitado a establecer recomendaciones y definiciones. Un patrón que se repite es la obligación de revelación del financiamiento y del financista. Estas normas quieren evitar la existencia de cualquier conflicto de intereses en los arbitrajes financiados de sus países, para evitar que existan problemas con la figura del TPF.

3.4. El TPF en Ecuador

El arbitraje en el Ecuador se regula a través de la Ley de Arbitraje y Mediación[70] y por convenios internacionales ratificados, como la Convención de Nueva York.[71] Por otro lado, los arbitrajes también seguirán las directrices establecidas en los reglamentos de los centros de arbitraje a los que sometan su conflicto. Tras analizar estos cuerpos legales y algunos reglamentos de los centros de arbitraje más grandes de Ecuador, no se presenta restricción ni regulación alguna respecto del financiamiento por terceros en el arbitraje.

Por otro lado, se revisó también el Código Civil debido a que es la normativa que regula las relaciones entre privados, y a pesar de que no regula nada del TPF, admite una figura semejante; la cesión de derechos litigiosos. El Código Civil ecuatoriano establece,

> Art. 1852.- Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del cual no se hace responsable el cedente. Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se cita judicialmente la demanda.[72]

69 Artículo 8.26: Investment**.** Comprehensive Economic And Trade Agreement (Ceta) Between Canada, Of The One Part, And The European Union And Its Member States, septiembre de 2017**.**

70 Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

71 Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras [Convención de Nueva York], Nueva York, 10 de junio de 1958, ratificada por el Ecuador en 17 de diciembre de 1958. Reserva de Ecuador: Solamente se aplicará en lo referente a material comercial entendida según el derecho ecuatoriano.

72 Artículo 1852, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O Suple-

A pesar de que la cesión de derechos litigiosos no es lo mismo que el financiamiento por terceros en el arbitraje, es una figura similar que según lo establece Elina Mereminskaya, "Siguiendo la máxima jurídica *qui potest plus, potest minus*, la figura del *TPFunding* parece tener cabida plena".[73] El principio jurídico *qui potest plus, potest minus,* lo explicó Jáñez diciendo que, "Consiste, entonces, en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor –de rango inferior– de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley. Quien puede lo más, puede lo menos".[74]

Lo que el trabajo establece con la comparación realizada entre el financiamiento por terceros y la cesión de derechos litigiosos, es que la legislación ecuatoriana permite una figura jurídica en la cual la parte poseedora del derecho de acción puede llegar al punto de vender por completo su derecho y dejar de ser parte dentro del proceso, y el tercero quien compró el derecho de acción, es quien pasaría a formar parte del proceso. Podría entenderse que este es el límite marcado por la Ley ecuatoriana: cualquier figura jurídica que sobrepase esto, ya no estaría permitida.

Por otro lado, el financiamiento por terceros es una figura en la cual la parte poseedora del derecho de acción solamente recibe financiamiento para los costos del proceso, abogado y demás gastos que sean necesarios para comenzar un arbitraje, pero sigue siendo la misma quien actúa dentro del proceso; el tercero financista no interviene dentro del mismo, solamente aporta con el capital. Figura que se entiende que está dentro del límite marcado por el Código Civil.

Entonces si la legislación ecuatoriana permite una figura jurídica en la cual la parte poseedora de un derecho de acción puede ceder este por completo a cambio de dinero; bajo el principio de que quien puede lo más puede lo menos y analizando ambas figuras bajo la misma legislación ¿por qué la parte poseedora del derecho no podría recibir dinero por parte de un tercero, sin la necesidad de ceder su derecho de acción por completo?, sino simplemente dar a cambio un porcentaje de la ganancia del laudo o sentencia que ponga fin al proceso.

Por lo que el contraste que el trabajo pretende señalar es que se podría entender que el financiamiento por terceros es una figura enmarcada dentro de los límites que establece la legislación ecuatoriana, ya que no vendría a ser una figura que va más allá o abusa del derecho de cesión de derechos litigiosos.

El Código Civil habla de venta o cesión de derechos, mientras que el TPF es un financiamiento; un préstamo para que la parte financiada acceda a la justi-

mento 96 de 08 de julio de 2019.

73 Elina Mereminskaya, "Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile", Informativo CAM N°14. Biblioteca Digital del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), 2017.

74 Tarcisio Jáñez Barrio, *Lógica Jurídica*, (Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 1999), 468.

cia, pero sin la necesidad de renunciar a sus derechos litigiosos por completo;[75] por lo que podría entenderse que el TPF es algo menor o de rango inferior a la cesión de derechos litigios. Por otro lado, también se debe tomar en cuenta el principio de autonomía de la voluntad, por el cual las partes pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley.[76]Después de tomar en cuenta que: 1) los cuerpos normativos del Ecuador no regulan ni prohíben el TPF, 2) el Código Civil permite una figura similar y de mayor rango, y 3) basado en los principios *qui potest plus, potest minus* y autonomía de la voluntad; se podría deducir que el TPF no es contrario al orden público ecuatoriano.

3.5. Una alternativa a la regulación estricta del TPF

El TPF es un método de financiamiento que es criticado en la actualidad por su ausencia de regulación y los problemas que esta acarrea.[77] Sin embargo, existen posiciones contrarias, de que esta ausencia de regulación no necesariamente es perjudicial para el arbitraje y sus partes, sino que la libertad para actuar les ha permitido a las partes innovar con métodos como este y, a su vez, que se vean atraídos a implementarlo en sus arbitrajes.[78]

Si bien se evidenció que existen problemas como consecuencia del TPF no regulado y que son tantos los posibles escenarios que podrían llegar a ocurrir, que sería en extremo complicado poder tipificar todo de una forma estricta y concisa; sería difícil encasillar todo dentro de un ordenamiento jurídico.[79]

Este trabajo propone que los encargados de establecer reglas para estos arbitrajes financiados sean las instituciones en las que se administran los mismos. Así lo establecieron Marc Krestin y Rebecca Mulder: "Las reglas de las instituciones tienen una aplicabilidad más amplia que las leyes nacionales y están diseñadas más específicamente para el proceso arbitral. Las directrices internacionales generalmente no son vinculantes y ofrecen una mayor flexibilidad".[80]

La propuesta no es una regulación estricta dentro del ordenamiento jurídico interno, sino guías básicas o principios generales, impuestos por los centros de arbitraje nacionales o internacionales, que sirvan para solucionar los conflictos que surjan en estos arbitrajes financiados.[81]

75 Morris y Ciambella, "Arbitration Funding in Singapore and Hong Kong".

76 Alfredo Bullard G., "¿Qué fue Primero el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. ". *Revista Internacional de Arbitraje*,)Julio-diciembre 2013)

77 Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration.

78 *Ver*. Megan Betts y Evanthia Kasiora. "The Impact of the COVID-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration". *Kluwer Arbitration Blog*. (Julio 2020). http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/.

79 Krestin y Mulder. "TPF To Regulate Or Not?".

80 *Ibid.*

81 Los arbitrajes *ad hoc*, podrían tomar estas recomendaciones de los centros en caso de desearlas, ya que los reglamentos son de conocimiento público.

Establecer principios generales que sirvan como guía o recomendaciones es una propuesta aceptada por doctrinarios, por el Grupo de Trabajo de la ICCA, e incluso por Singapur, Hong Kong y Canadá, países que ya han regulado el TPF. Las recomendaciones serían guías clave que ayuden a las partes a tener mejores resultados en arbitrajes financiados, sin la necesidad de encasillarlos y limitarlos en reglas estrictas que les restrinjan actuar bajo el principio de autonomía de la voluntad, y sin el riesgo de que se regule más de lo necesario. Krestin y Mulder, han sustentado esta postura, señalando que:

> Por lo tanto, propondríamos no optar por un sistema altamente fragmentado de leyes nacionales que regulen la financiación de terceros, sino desarrollar más un conjunto de directrices no vinculantes en las que los profesionales puedan confiar cuando se enfrenten a problemas de financiamiento de terceros en el arbitraje internacional.[82]

Entre estas recomendaciones es fundamental el fomentar la comunicación entre las partes desde la primera etapa del arbitraje, e incitarlas a revelar el financiamiento y la identificación del financista, tanto a los árbitros como a la contraparte.[83] El Grupo de Trabajo de la ICCA estableció que,

> Los principios solo deben confirmar la autoridad de los árbitros e instituciones para solicitar la revelación de información, según sea necesario, y permitir que las partes y los financiadores hagan divulgaciones de hechos consideren relevantes para el conocimiento de los árbitros.[84]

Sin embargo, se respeta la posición de que el acuerdo de financiamiento debe ser privado entre la parte financiada y el tercero, por lo que no se debe obligar a revelar más allá de la identificación del financista.[85] El convenio de financiamiento es completamente ajeno al conflicto objeto de arbitraje, por lo que no tendría ninguna influencia en la litis. Francisco Blavi dice que,

> La práctica sugiere que cualquier regulación de la industria de TPF debería centrarse en la divulgación de información relevante en lugar de crear un régimen sustantivo amplio. Definitivamente es innecesario exigir la divulgación completa de las condiciones de financiación en todos los arbitrajes internacionales.[86]

Este trabajo sugiere que el financiamiento por terceros podría funcionar en Ecuador sin regulación, y no llegaría a ser contrario al orden público, como se explicó en el capítulo anterior. El autor ecuatoriano, Andrés Larrea comenta al respecto que,

---

82 Krestin y Mulder. "TPF To Regulate Or Not?". (traducción no oficial).

83 Goldsmith y Melchionda, "Disclosure and Third-Party Funding".

84 Traducción Libre, Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration, párr. 83.

85 *Id.*, 189.

86 Blavi. "It´s time to regulate TPF".

> La legislación nacional no hace ninguna referencia a esta alternativa. Sin embargo, tampoco existe una norma legal que la prohíba, por lo tanto, una parte bien podría utilizar un *third-party funder* para financiar su próxima disputa judicial o arbitral.[87]

3.5.1. El TPF en Brasil

Brasil es uno de los países latinoamericanos en los que está creciendo la práctica del TPF, y a pesar de no tener una regulación al respecto en su ordenamiento jurídico, este país es un claro ejemplo de la teoría propuesta en el epígrafe anterior. El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil – Canadá,[88] es el único centro de arbitraje que regula el TPF en Brasil, pero gracias a este centro la práctica de este método está creciendo en la nación suramericana.[89]

La Resolución 18/2016 de la CAM-CCBC, establece solamente recomendaciones con el objetivo de informar y orientar a las partes en los arbitrajes financiados. Es una resolución corta, de 5 artículos. Esta normativa comienza definiendo al TPF y definiendo los costos del procedimiento arbitral: costos administrativos, honorarios de abogados, árbitros y expertos o peritos; pero aclara que no se limita solamente a estos.[90] De esta manera define el objeto de financiamiento, lo que el tercero aportará al arbitraje.

En sus siguientes artículos reconoce que el financiamiento por terceros podría acarrear problemas de conflictos de intereses que afecten la imparcialidad del árbitro, y recomienda que se informe a las partes lo antes posible del financiamiento y de la identificación completa del tercero que financiará sus costos. Una vez con la información revelada, las partes deberán verificar si existe o no un verdadero conflicto que pueda generar imparcialidad en el arbitraje. El tenor literal de la norma establece lo siguiente:

> Artículo 4 – Con el fin de evitar posibles conflictos de interés, el CAM-CCBC recomienda a las partes que informen sobre la existencia de financiación de tercero en la primera oportunidad posible. En esta información, se debe incluir la identificación completa de la fuente de financiación.
> Artículo 5 – Ante la información, el CAM-CCBC invitará a los árbitros a proceder a la verificación de conflicto y revelar cualquier hecho que pueda generar duda

87 Andrés Larrea. "¿Es el Financiamiento por Terceros el Futuro de la Resolución de Disputas en Ecuador?", *Tobar ZVS SPINGARN*. (Julio 2020). https://coronavirusresponse.tzvs.ec/es-el-financiamiento-por-terceros-el-futuro-de-la-resolucion-de-disputas-en-ecuador/

88 En adelante CAM-CCBC, por sus siglas.

89 Rodrigo M. Carneiro de Oliveira, Eider Avelino Silva and Rafael Curi Savastano, "The Third Party Litigation Funding Law Review: Brazil", *The Law Review* (2021).

90 Artículos 1 y 2, Resoluciones Administrativas RA 18/2016, Recomendaciones relativas a la existencia de financiación de tercero en arbitrajes administrados por el CAM-CCBC, aprobado el 01 de septiembre de 2011, con enmiendas de 28 de abril de 2016.

> justificada sobre su independencia e imparcialidad. La información acerca de la financiación de terceros también será proporcionada a la otra parte.[91]

Esta regulación del TPF por parte del CAM-CCBC es bastante similar a la regulación de los países revisados anteriormente. Se limita a establecer definiciones y recomendaciones, pero lo esencial de la regulación es que obliga la revelación del financiamiento y del financista, con el fin de evitar conflictos de intereses. No es una resolución que establezca normas estrictas, sino que señala recomendaciones para un mejor funcionamiento de arbitrajes financiados que sean administrados en su centro.

4. ¿Regular el TPF o no?

Se han analizado los problemas y críticas a la ausencia de regulación del financiamiento por terceros, mismos que podrían llegar a presentarse en la práctica. Sin embargo, también se evidenció que no en todos los casos hubo inconvenientes.[92] De este modo, la teoría planteada anteriormente busca promover el uso del TPF a la par de generar seguridad a las partes. "Es importante apoyar el desarrollo de TPF y aprovechar sus beneficios, al mismo tiempo que se regula lo necesario para evitar incertidumbres y limitar sus peligros".[93]

El trabajo propone que no es necesaria una regulación tan estricta dentro del ordenamiento de cada país, ni tampoco se necesitan instrumentos internacionales vinculantes para los países que quieran promover este método en los arbitrajes en su interior.[94] La alternativa es promover recomendaciones generales respecto del funcionamiento de arbitrajes financiados, regulado por los reglamentos de los centros de arbitraje del Ecuador, y con esta regulación superar los problemas planteados previamente en este trabajo.

Entre los problemas a superar está el conflicto de intereses, en el cual enumerar la variedad de casos y de relaciones que podrían surgir entre árbitro, abogado y financista, sería sumamente complicado.[95] La recomendación ante este problema es establecer una obligación de revelación del financiamiento y la identidad del financista. Una vez revelada la identidad del tercero, se deberán revisar las Directrices IBA.

Como se planteó anteriormente en el trabajo, la revelación de toda la información relevante al TPF, permitirá a las partes analizar si la relación entre el

---

91 Artículos 4 y 5, Resoluciones Administrativas RA 18/2016, Recomendaciones relativas a la existencia de financiación de tercero en arbitrajes administrados por el CAM-CCBC, aprobado el 01 de septiembre de 2011, con enmiendas de 28 de abril de 2016.

92 *Ver*. Prior IAReporter Coverage Of Oxus Gold V. Uzbekistan. Se pueden revisar los reportes de este caso de la IA en https://www.iareporter.com/arbitration-cases/oxus-gold-v-uzbekistan/.

93 Blavi, "It´s time to regulate TPF".

94 *Ver*. Krestin y Mulder. "TPF To Regulate or Not?".

95 *Ver*. Krestin y Mulder. "TPF To Regulate or Not?".

financista y el árbitro entra en la categoría de no renunciable,[96] obligando al árbitro a excusarse; o si entra en la categoría de renunciable,[97] y las partes declaran su voluntad de que el árbitro continúe en el proceso a pesar de su relación con el financista; el árbitro podría continuar sin problema. En cualquiera de las dos situaciones, se eliminaría el conflicto de intereses, asegurando la imparcialidad del árbitro durante el resto del proceso.

Respecto al problema de las costas la propuesta no ahonda mucho al respecto dado que no es común que un tribunal acepte una solicitud de costas.[98] El grupo de trabajo de la ICCA-QM también estableció que "En ausencia de un poder expreso, en la legislación nacional aplicable o en las reglas procesales, un tribunal carecería de competencia para dictar una orden de costas contra un tercero financiador".[99] Esto se debe a que si el tercero no es considerado parte del arbitraje, tampoco podría ser condenado bajo sus reglas. Al tercero solamente le es exigible aquello estipulado en su convenio.[100]

Sin embargo, la postura de este trabajo es que igual que enlistar la infinidad de posibles escenarios respecto al conflicto de intereses, sería muy difícil enumerar razones bajo las cuales sea obligatorio que un tribunal condene al pago de costas a una parte o a un financista. Además, alegar que la parte financiada tiene recursos suficientes para costear el arbitraje, no es una razón suficientemente fundamentada para comenzar a implementar una práctica de aprobar caución de costas contra financistas. Así lo señaló Carlos Ríos Pizarro,

> No existe fundamento, en nuestra opinión, para verse obligado a condenar a una parte en costos por el mero hecho de existir un acuerdo de financiamiento. La condena en costos dependerá de una serie de factores como el comportamiento de las partes durante el arbitraje, las reglas procesales aplicables, la estimación de los árbitros e incluso el propio pacto de las partes.[101]

Respecto al problema de confidencialidad hacia el tercero financista, dependerá de las cláusulas bajo las cuales el financista y financiado manejen su acuerdo, y si la parte financiada le permitirá o no al tercero revisar el expediente de arbitraje. Dependerá de cada caso, dado que establecer un convenio de financiamiento estándar no es la solución; esto limitaría muchos financiamientos y haría que el TPF pierda su esencia y que no sea atractivo para aquellos que buscan invertir en arbitrajes. El informe de la ICCA-QM al respecto estableció que:

96 Listado Rojo Irrenunciable. Directrices IBA.
97 Listado Rojo Renunciable, Listado Naranja y Listado Verde. *Id*.
98 Ríos, "TPF y su aplicación en arbitrajes comerciales."
99 Traducción libre, Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration. párr. 145.
100 Traducción Libre, *Id.,* 215-216.
101 Ríos, TPF y su aplicación en arbitrajes comerciales.

> El Grupo de Trabajo actúa con especial cuidado en sus propuestas para evitar una intromisión excesiva en la libertad de contratación de las partes, reconociendo que, siempre que las partes estén bien representadas, pueden celebrar una amplia gama de acuerdos.[102]

Sin embargo, la parte financiada tendrá la obligación de revelar su financiamiento y todo lo que este influya en el arbitraje, así lo han dicho Goldsmith y Melchionda, "Las instituciones deben adoptar una definición clara de TPF y requerir que las partes revelen cualquier relación cubierta por dicha definición".[103] Por lo que, si las partes han acordado que el arbitraje será confidencial, tanto partes y árbitros deberán aclarar si esta confidencialidad imposibilita también al financista de revisar el expediente.

Otra crítica al TPF es que podría generar gran cantidad de demandas abusivas o partes que actúen de mala fe, abusando del derecho, presentando demandas en arbitraje solamente para retrasar procesos.[104] Sin embargo, no se considera un problema real, dado que los financistas realizan una debida diligencia respecto del caso, y no prestarían fondos a un caso que no tiene buenas oportunidades en las que él se vea beneficiado;[105] el propósito tampoco es financiar cualquier caso que llegue a su puerta. Esto ya dependerá de la debida diligencia con la que actúen los financistas, ya que el arbitraje no debería entrar a regular el acuerdo de financiamiento.

5. Conclusión

Tras un profundo análisis a los problemas tanto doctrinarios como prácticos, se evidencia que la ausencia de regulación estricta no necesariamente acarreará problemas en todos los casos, y no se puede establecer una regla general. Con la teoría propuesta por este trabajo, la mayoría de los problemas planteados se ven superables sin la necesidad de regular el TPF de manera estricta; basta con ciertas recomendaciones a nivel general para brindar seguridad jurídica a las partes en un arbitraje financiado.[106]

Las partes deben ser libres de actuar bajo la autonomía de la voluntad, por lo que se debe evitar una regulación llena de barreras;[107] misma que produciría que el arbitraje deje de ser un mercado atractivo para financistas, evitando que el TPF funcione. Si bien el arbitraje funciona muy bien sin este método, el

102 Traducción Libre, Report of the Icca-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration, párr. 186. (traducción no oficial).
103 Traducción Libre, Goldsmith y Melchionda, "Disclosure and Third-Party Funding".
104 Stroble y Welikson, "TPF: Industry Developments".
105 "Ventajas Del Third Party Funding".
106 Krestin y Mulder. "TPF To Regulate Or Not?".
107 Morris y Ciambella, "Arbitration Funding in Singapore and Hong Kong".

TPF ayudaría a muchos interesados a acceder al arbitraje.[108] Brindar acceso a la justicia es bueno tanto para los centros de arbitraje, como para la justicia ordinaria, ya que reduce la carga de casos a los jueces.[109]

La ausencia de regulación del TPF puede, incluso, ser la esencia para que este método funcione, ya que ante la falta de limitaciones, la parte financiada y el financista pueden pactar un acuerdo libremente de manera privada, con el fin de que obtengan un beneficio mutuo; llamando la atención a comerciantes y estudios jurídicos a invertir en arbitrajes financiados, y a las partes a recibir apoyo económico y disminuir los riesgos de costos. Woodsford, un equipo de financistas expertos, establecen que:

> Los demandantes sofisticados aprecian cómo el financiamiento puede ayudarlos a administrar los costos y compensar el riesgo legal. Los abogados emprendedores reconocen cómo la financiación de terceros puede ayudarlos a expandir su práctica y ofrecer a los clientes flexibilidad en los honorarios.[110]

A pesar de que los problemas analizados son superables, el trabajo plantea a manera de conclusión y con el fin de dar un aporte a este tema, que los centros de arbitraje son las entidades más aptas para poder regular el TPF. Recaerá en cada tribunal y árbitro la responsabilidad de analizar al TPF en la práctica, para así poder dar parámetros a tomar en cuenta para la regulación de este método en las respectivas instituciones arbitrales.

Aterrizando la investigación en Ecuador, bajo el principio de autonomía de la voluntad y de que quien puede lo más puede lo menos; se concluyó que el TPF no es contrario al orden público en Ecuador. Brindando así una respuesta al problema jurídico del presente trabajo; estableciendo que la ausencia de regulación no acarrea consecuencias negativas para el arbitraje, pero que sí puede mejorarse su práctica a través de pequeñas recomendaciones dadas por los reglamentos de los centros de arbitraje.

Finalmente, el trabajo concluye con que no es necesaria una regulación estricta que establezca barreras o prohibiciones al TPF. La alternativa de regular a través de recomendaciones generales es suficiente para superar los problemas que han sido planteados por aquellos autores que critican el TPF. Con estas recomendaciones y principios, se crearán mejores costumbres dentro de la comunidad del arbitraje, al momento de trabajar con arbitrajes financiados

108 Kadhim, "Third Party Funding Issues in Arbitration".
109 Silvia Barona y Carlos Esplugues, "ADR Mechanism and They Incorporation into Global Justice in the Twenty-first Century: Some Concepts and Trends", *Global Perspectives on ADR* (2014)
110 Morris y Ciambella, "Arbitration Funding in Singapore and Hong Kong". (traducción no oficial).

6. Recomendaciones

Con el parámetro que establece este artículo académico, se espera que los centros de arbitraje en el Ecuador comiencen a regular el TPF en sus reglamentos internos, con el fin de llamar la atención de la comunidad de arbitraje, para que sepan que la legislación ecuatoriana es amigable con el TPF y que podría aumentarse crecer la práctica de arbitrajes financiados en el Ecuador, tanto a nivel doméstico como de arbitrajes internacionales que pudieren ejecutarse en Ecuador.

Se recomienda revisar la regulación del TPF en Hong Kong, Singapur y Canadá, como guías y ejemplos para la regulación en Ecuador. Incluso prestar una mayor atención a la Resolución 18/2016 de la CAM-CCBC, dado que es una realidad más cercana a la propuesta de este trabajo, ya que Brasil ha aumentado su práctica de arbitrajes financiados, solamente a través de regular el TPF en el reglamento interno de la CAM-CCBC. La experiencia de estos países será una gran guía para que los centros de arbitraje ecuatorianos establezcan una regulación efectiva sobre el TPF.

En la regulación, se considera necesario establecer la obligación de revelar toda la información relevante del financiamiento. No basta con revelar que existe un financiamiento, sino que se debe dar a conocer la identidad del tercero financista, para analizar a fondo cualquier posible relación entre el árbitro y el financista, con el fin de establecer, bajo las Directrices de la IBA, si existe o no un conflicto de intereses. No se considera necesario revelar más información que esta, dado que también hay que respetar la confidencialidad que caracteriza al contrato entre el tercero y la parte financiada.

Respecto al problema que surge de que no se puede tratar al financista como una parte del arbitraje y por lo tanto el árbitro no tiene potestad sobre él, la recomendación, apoyada por pocos doctrinarios dado que no se ha hablado mucho al respecto, es que se podría tratar al tercero financista bajo la figura de un tercero no signatario, de esta forma el mismo entraría a ser parte del arbitraje y el tribunal tendría potestad sobre él, habilitándose la posibilidad de condenar a costas tanto a la parte como a su financista.[111] Postura muy compleja que amerita su propia investigación a fondo.

111 Juan Pablo Labbé Aroca, "La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: análisis de algunas teorías", *Revista de Derecho* 2 (2018), 201-236.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Exclusión del requisito de representación gráfica en el régimen marcario de la Comunidad Andina de Naciones

Exclusion of the graphic representation requirement in the Andean Community of Nations' trademark regime

María Emilia Torres Montenegro *

Recibido / Received: 24/05/2021
Aceptado / Accepted: 19/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2316

Citación:
Torres Montenegro, M.E. «Exclusión del requisito de representación gráfica en el régimen marcario de la Comunidad Andina de Naciones». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 131 155, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2316.

* Investigador independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: emiliatorresmontenegro@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0046-609X

Resumen

En el ámbito de la propiedad industrial, existen interpretaciones ambiguas respecto a la definición jurídica de una marca, las cuales al reconocer a la representación gráfica como un componente conceptual de la misma, le han dotado de un protagonismo innecesario a este elemento. Sin perjuicio de ello, es claro que el régimen marcario de la Comunidad Andina de Naciones define a las marcas únicamente a partir de su aptitud distintiva y exige a la representación gráfica únicamente como un requisito procedimental de su registro. Este requisito se fundamenta en el sistema atributivo, y su exigencia tiene sentido mientras permita determinar de una manera precisa el objeto de protección de las marcas. Ahora bien, la representación gráfica obstaculiza el registro de marcas no visuales que, a pesar de encajar en la definición de marca, no pueden ser representadas gráficamente, mas podrían ser representadas según las herramientas tecnológicas disponibles en la actualidad. Por ello, la representación gráfica se ha convertido en un requisito obsoleto, pues es incapaz de cumplir con su principal y esencial objetivo de precisión. Consecuentemente, el régimen marcario andino debe permitir la representación de cualquier forma, mediante la cual se permita al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular.

Palabras clave

Comunidad Andina de Naciones; régimen marcario; registro de marcas; marcas no visuales; representación gráfica

Abstract

In the area of industrial property, there are ambiguous interpretations regarding the trademark's legal definition, in which, by recognizing the graphic representation as a conceptual component of it, this element has been given an unnecessary role. Notwithstanding this, the trademark regime of the Andean Community of Nations' clearly defines trademarks solely based on their distinctive aptitude and requires graphic representation only as a registration's procedural requirement. This requirement is based on the attributive system, and its requirement makes sense if it allows a precise determination of the trademark's object of protection. However, graphic representation hinders the registration of non-visual trademarks that, despite fitting the trademark's legal definition, cannot be graphically represented, but could be represented, according to the current available technology. Thus, graphical representation has become an obsolete requirement since it is incapable of fulfilling its main and essential objective of precision. Consequently, the Andean trademark regime must allow representation in any way that allows the public to precisely determine the trademark's object of protection granted to its owner.

Keywords
Andean Community of Nations; trademark regime; trademark registration; non-visual trademarks; graphic representation

1. Introducción

El marketing sensorial o *sensory branding* es una estrategia cada vez más utilizada por los operadores económicos a nivel mundial.[1] Con el objetivo de atraer al público consumidor mediante todos los sentidos, los bienes y servicios que se ofertan en el mercado están siendo identificados no sólo por marcas visuales, sino también por marcas olfativas, sonoras, gustativas y táctiles. Un clásico ejemplo es el rugido del león antes de ver una película, el cual identifica a las producciones de la compañía estadounidense Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. Sin embargo, mientras el mercado se moderniza cada día gracias a los avances tecnológicos, la protección jurídica de este tipo de marcas no es una cuestión absolutamente pacífica.

Actualmente, en el régimen marcario nacional y en el de la Comunidad Andina (en adelante CAN), es discutible si las marcas no visuales reciben protección jurídica. Esto se desprende de la discordancia entre la amplitud del concepto legal de la marca y la exigencia de la representación gráfica como requisito procedimental para el registro, lo cual ha dado lugar a que doctrinarios y juristas realicen interpretaciones ambiguas al concepto legal de la marca. Como se detallará en los siguientes epígrafes, a pesar de que la definición legal de marca incluye a las marcas no visuales,[2] el requisito para el registro de representación gráfica imposibilita la protección de este tipo de marcas.

La solución del problema es compleja en tanto algunos criterios jurisprudenciales han otorgado protagonismo a la representación gráfica al considerarla como un elemento idóneo y necesario dentro del derecho de marcas. Incluso, de manera equívoca, se la ha elevado como elemento conceptual de la marca.[3] Sin embargo, a lo largo de este estudio se demostrará que, con base en los artículos 134 de la Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la CAN (en adelante Decisión 486) y 359 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (en adelante COESCCI); la representación gráfica es un mero requisito procedimental para el registro de

1 Blanca Torrubia Chalmeta, "El requisito de la representación gráfica: un límite de acceso al registro para las marcas no visuales", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, no. 32 (Enero 2012): 392.

2 Artículo 134, Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones, [Decisión 486], RO 258 de 2 de febrero de 2001; Artículo 359, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, [COESCCI], RO 899 de 9 de diciembre de 2016.

3 Interpretación Prejudicial No. 12-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 14 de marzo de 2014, pág. 4; Interpretación Prejudicial No. 70-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 8 de mayo de 2013, pág. 6; Interpretación Prejudicial No. 38-IP-2008, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 10 de abril de 2008, pág. 5.

una marca. Por consiguiente, está bajo tela de duda si al ser un elemento puramente formal es indispensable dentro del régimen marcario, o si mas bien conviene analizar la idoneidad de mantener, eliminar o reformar este requisito del régimen marcario andino y nacional a fin de permitir el registro de marcas no visuales.

Así, el presente escrito analiza si el régimen marcario al que está sujeto el Ecuador puede acoplar lo dispuesto en la Unión Europea (en adelante UE), pues hasta el año 2015 este último régimen era muy similar al régimen andino y nacional con lo que respecta a la representación gráfica. Sin embargo, mediante el Reglamento No. 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la UE de 16 de diciembre de 2015 (en adelante Reglamento 2015/2424) se eliminó el requisito de representación gráfica de este régimen por considerar que un signo debe ser representado "[…] de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible […]".[4]

De esta forma, en las líneas que siguen se argumentará por qué el régimen marcario andino y nacional debe acoplar su legislación a la realidad social y tecnológica del mercado y abandonar el requisito de representación gráfica. Esto, con el objetivo de que finalmente, las marcas no visuales puedan ser registradas sin obstáculos en el derecho marcario andino y nacional.

2. La representación gráfica es una figura funcional

A lo largo de esta sección se demostrará que contrario a lo señalado por ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia, la definición de la marca contenida en la legislación andina y nacional excluye a la representación gráfica como elemento conceptual. En ese sentido, la representación gráfica se reduce a ser únicamente un requisito procedimental del registro que sirve para garantizar el sistema atributivo.

2.1. Inexistencia de un criterio uniforme sobre la naturaleza y eficacia de la representación gráfica

La representación de la marca es un elemento comunmente presente en las normativas de propiedad industrial, más aún en aquellos regímenes sujetos al sistema atributivo de registro. Sin embargo, existen varias posturas respecto de este elemento, sobre todo en el ámbito de su naturaleza y la eficacia de su exigencia, lo cual explica la importancia de este estudio.

4 Exposición de Motivos (9), Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, Parlamento y Consejo de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea No. L 341 de 24 de diciembre de 2015.

En lo que se refiere a su naturaleza, además de ser un requisito procedimental del registro, la representación gráfica ha sido entendida mayoritariamente como un elemento conceptual de la marca. Así, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer[5], en el ámbito de la UE, y Manuel Guerrero Gaitán,[6] en el ámbito de la CAN, coinciden en que para que cualquier signo constituya una marca, debe tener aptitud distintiva y ser susceptible de representación gráfica. Al contrario, estudiosos de la materia tales como el autor Sergio Balaña, excluyen acertadamente a la representación gráfica como elemento conceptual de la marca al señalar que este concepto debe estar ligado únicamente a la aptitud distintiva en tanto la representación gráfica es un mero requisito formal.[7]

Al respecto, en algunas interpretaciones prejudiciales, el Tribunal de Justicia de la CAN (en adelante TJCA) ha reconocido a la representación gráfica como elemento conceptual de la marca,[8] mientras que en otros pronunciamientos se ha limitado a mencionar a la aptitud distintiva como único componente conceptual.[9] Esto refleja la ambigüedad en torno al concepto legal de la marca, pues incluso la autoridad judicial del régimen marcario al que pertenece Ecuador, no ha determinado de una manera clara y explícita la naturaleza de la representación gráfica, lo cual explica por qué la discusión alrededor de la exclusión de la representación gráfica del régimen marcario continúa siendo un tema actual y relevante.

No obstante lo anterior, queda claro que de cualquier manera la representación gráfica es un requisito procedimental para el registro, pues lo que se discute es si además de ser una exigencia meramente procedimental, dicho elemento también es un componente conceptual de la marca. En ese sentido, y respecto a la eficacia actual de la exigencia de la representación gráfica como requisito procedimental, la mayoría de autores coinciden en la dificultad de que las marcas no visuales cumplan con el mismo. Por un lado, y desde hace ya varios años, doctrinarios como Carlos Fernández Novoa anticipaban y proponían el uso alternativo de medios indirectos —como la fórmula química— para que marcas olfativas, puedan cumplir con la literalidad de la representación gráfica.[10]

5 Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, "Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 3 de abril de 2003", en *Caso-283/01* Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Unión Europea: 2003), párr. 25.

6 Manuel Guerrero Gaitán, *Derecho de Marcas. Teoría y Práctica Internacional.* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 206.

7 Sergio Balañá Vicente, "El entorno digital ¿Segunda oportunidad para la marca olfativa? Estudio acerca de la capacidad del signo olfativo para funcionar como marca en el mercado", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, no. 26 (2005-2006): 26.

8 Interpretación Prejudicial No. 12-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 14 de marzo de 2014, pág. 4; Interpretación Prejudicial No. 70-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 8 de mayo de 2013, pág. 6; Interpretación Prejudicial No. 38-IP-2008, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 10 de abril de 2008, pág. 5.

9 Interpretación Prejudicial No. 421-IP-2019, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 18 de junio de 2020, párr. 1.3.

10 Carlos Fernández-Nóvoa, *Tratado Sobre Derecho De Marcas*, (Madrid, Marcial Pons, 2004). p. 44.

Por otro lado, doctrinarios como José Manuel Otero Lastres, sostienen que en lugar de forzar la representación gráfica de las marcas no visuales, la ley debe permitir que el signo distintivo sea representado únicamente mediante reproducciones que sean perceptibles por los sentidos de la vista y del oído, hasta que no existan los avances tecnológicos que permitan realizar representaciones perceptibles por medio de los sentidos del olfato y del gusto.[11]

Con una visión un poco más evolutiva, autores como Blanca Torrubia Chalmeta, manifiestan que se debería permitir una mayor flexibilidad en los medios de representación. Así, acorde al régimen marcario europeo actual, propone que el solicitante pueda exponer una representación perceptible por cualquiera de los sentidos, siempre y cuando la reproducción sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.[12] En el mismo sentido, Manuel Guerrero Gaitán señala dentro del ámbito andino, que "[…] llegó la hora de abandonar, al igual que lo hizo la UE, ese apellido, el gráfico, en el requisito de representación […]".[13]

De lo expuesto se evidencia que no existe un criterio uniforme respecto de la naturaleza y eficacia de la representación gráfica, pues como se ha señalado se discute el rol de este elemento en el régimen marcario. Así también, y a partir de lo anterior, es polémico si su exclusión garantizaría o perjudicaría los derechos del titular y los del público en general. Sin embargo, como se detallará en los siguientes epígrafes, la solución a este problema inicia con una interpreatación literal de la legislación nacional y regional.

2.2. La aptitud distintiva es *per se* suficiente para que un signo constituya una marca

A la luz del régimen marcario andino y nacional, la distintividad es el elemento esencial para que un signo constituya una marca. Esto se desprende de la literalidad de la redacción de los artículos 134 de la Decisión 486 y 359 del COESCCI. Además, se refleja en la lista *numerus apertus* incluida en el mismo articulado y en las funciones de la marca.

Como bien lo ha señalado la doctrina más autorizada, "[…] la Ley proporciona al intérprete un valioso instrumento que le permite determinar los signos que pueden constituir una marca".[14] Así, para efectos de esclarecer el concepto

11 José Manuel Otero Lastres, "La representación de la marca en las propuestas comunitarias", *Actas De Derecho Industrial Y Derecho De Autor*, no. 33 (2013): 428.

12 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica: un límite de acceso al registro para las marcas no visuales", 415.

13 Manuel Guerrero Gaitán, "Marcas no tradicionales y el requisito de representación gráfica", en *Seminario Internacional Gratuito de Propiedad Intelectual* organizado por Instituto Iberoamericano de Leyes y Economía y Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca (Cuenca: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, 26 al 30 de octubre de 2020).

14 Fernández Novoa, *Tratado Sobre Derecho De Marcas*, 36.

comunitario andino, resulta procedente traer a colación el primer inciso de los artículos 134 de la Decisión 486 y 359 del COESCCI. Ambos establecen que la marca es "[…] cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica".[15] En ese sentido, además de la referencia al signo, los artículos en mención señalan dos figuras importantes: la aptitud distintiva y la susceptibilidad de representación gráfica.

Por un lado, el TJCA ha definido a la primera como la capacidad del signo para distinguir productos o servicios en el mercado y diferenciarlos de sus competidores.[16] En esa misma línea, José Carlos Tinoco ha manifestado que la aptitud distintiva se refiere a que la marca "[…] tenga cuño propio y preciso, tomando fácil su reconocimiento y revelándose inconfundible con otras, aplicadas a productos o mercancías de procedencia diversa".[17] Por otro lado, la representación gráfica hace mención a la idoneidad del signo para "[…] ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público consumidor".[18]

Si bien los artículos objeto de análisis hacen referencia a la aptitud distintiva y a la susceptibilidad de representación gráfica, se debe considerar que como lo ha manifestado el TJCA, el legislador ha plasmado en dichos artículos tanto la noción conceptual como los requisitos de procedimiento para el registro de una marca.[19]

En ese marco, la literalidad del enunciado "[p]odrán **registrarse** como marcas los signos susceptibles de representación gráfica"(énfasis añadido)[20] tiene un efecto trascendental, pues en tanto la aptitud distintiva es la esencia del concepto de marca, la representación gráfica es únicamente un requisito procedimental para el registro, ya que no está incluido en la primera sección del artículo, en donde se define a la marca. En consecuencia, no cabe atar a la representación gráfica al concepto de marca ya que como bien lo ha señalado Sergio Balaña, "[…] este [debe] pivotar únicamente en torno al requisito esencial de la aptitud para diferenciar".[21]

La interpretación sería diferente si la redacción de los artículos en cuestión fuera igual a la del derogado Reglamento del Consejo de la Unión Europea No. 207/2009 de 26 de febrero de 2009 (en adelante Reglamento 207/2009).

15 Artículo 134, Decisión 486; Artículo 359, COESCCI.
16 Interpretación Prejudicial No. 155-IP-2012, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 29 de enero de 2013, 5.
17 José Carlos Tinoco Soares, *Tratado De Propiedad Industrial De Las Américas* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006), 70.
18 Interpretación Prejudicial No. 047-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 3 de abril de 2013, 3.
19 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 24 de agosto de 2015, párr. 64.
20 Artículo 134, Decisión 486; Artículo 359, COESCCI (énfasis añadido).
21 Balaña, "El entorno digital ¿Segunda oportunidad para la marca olfativa?" 25.

El artículo 4 de dicho cuerpo sostenía que:

> [p]odrán constituir marcas comunitarias todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica […] con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas.[22]

De la literalidad del artículo se desprende que la UE exigía la aptitud distintiva y la representación gráfica como elementos necesarios para que un signo pueda ser conceptualizado como marca, pues su "[…] posición en la parte inicial de dichos artículos permite considerarla como un elemento esencial de la definición de la marca".[23] Por el contrario, como se ha demostrado, en el régimen comunitario andino todo signo con aptitud distintiva es una marca, mas sólo aquella susceptible de representación gráfica podrá ser registrada.

A pesar de que esto se desprende de la literalidad de los artículos 134 de la Decisión 486 y 359 del COESCCI, y como se ha anticipado, en algunas ocasiones el TJCA ha incluido a la representación gráfica al momento de definir la marca. En ese sentido, el alto tribunal ha señalado que la marca es un

> […] bien inmaterial constituido por un signo […] susceptible de representación gráfica que sirve para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o del servicio.[24]

Al vincular la representación gráfica al concepto de marca, esta definición concuerda con lo estipulado en el Reglamento 207/2009 de la UE, mas no con lo señalado en la legislación andina. Por ello, otras puntualizaciones del TJCA al definir una marca como "[…] un bien inmaterial que permite identificar o distinguir los diversos productos y servicios que se ofertan en el mercado"[25] o "[…] cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado",[26] son precisas y afines a lo dispuesto en la legislación andina y nacional, pues acorde a la legislación, definen a la marca únicamente desde la aptitud distintiva del signo.

Como se mencionó, el hecho de que la aptitud distintiva es suficiente para que un signo constituya una marca, se refleja en dos aspectos: (i) en el enunciado

22 Artículo 4, Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009, Consejo de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea No. L 78/1 de 24 de marzo de 2009.

23 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica," 414.

24 Interpretación Prejudicial No. 12-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 14 de marzo de 2014, pág. 4; Interpretación Prejudicial No. 70-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 8 de mayo de 2013, pág. 6; Interpretación Prejudicial No. 38-IP-2008, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 10 de abril de 2008, pág. 5. (erronea citación– ver guía de autor)

25 Interpretación Prejudicial No. 23-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 13 de mayo de 2014, 5.

26 Interpretación Prejudicial No. 421-IP-2019, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 18 de junio de 2020, párr. 1.3.

no taxativo de signos que pueden constituir marcas y (ii) en las funciones de la marca. Primero, el enlistado *numerus apertus* al que se ha hecho referencia, incluye entre otros, a las palabras, imágenes, sonidos y los olores.[27] Así, "[…] esta lista abierta cubre tantos signos visibles como no visibles […]"[28] en virtud de que "[e]l signo distintivo puede ser percibido por la vista, por el oído, por el tacto, por el olfato o, incluso, por el gusto".[29] Seguidamente, se puede concluir que la capacidad distintiva de un signo se extralimita al sentido de la vista.

Lo anterior reafirma la necesidad de distinguir en los artículos 134 de la Decisión 486 y 359 del COESCCI el concepto de marca y los requisitos de procedimiento para el registro, pues ha quedado demostrado que los signos —visuales o no— con aptitud distintiva, encajan en el concepto de marca ya que la distintividad puede ser reflejada a través de cualquiera de los sentidos. Sin embargo, la representación gráfica se limita al sentido de la visión.[30] Consecuentemente, la representación gráfica no debe ser considerada como un componente del concepto de marca, la cual al ser definida únicamente como signo con aptitud distintiva, va más allá del sentido de la vista.

Por otra parte, el que la aptitud distintiva sea el elemento conceptual esencial de la marca se refleja en las funciones de la marca, pues la capacidad del signo de cumplir con estas funciones viene dada únicamente por dicha aptitud. La doctrina ha manifestado que "[l]a verdadera y única función esencial de la marca es distinguir un producto o un servicio, de otros".[31] Es decir, la función más importante es la distintiva en tanto, como la ha considerado el TJCA, "[l] as restantes funciones, […] se encuentran subordinadas a la capacidad distintiva del signo, pues sin esta no existiría el signo marcario".[32]

Esto evidencia una vez más que la aptitud distintiva es el elemento esencial que constituye a la marca y que la representación gráfica no figura dentro de su concepto, ya que a falta de aquella, el signo sería incapaz de cumplir con la función indicadora de procedencia empresarial, indicadora de calidad, condensadora del *goodwill* y publicitaria.

27 Artículo 134, Decisión 486; Artículo 359, COESCCI.
28 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 66.
29 Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, "Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer, presentadas el 6 de noviembre de 2001", en *Asunto C-273/00,* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Unión Europea: 2001), párr. 22.
30 Juan José Arias, "La registrabilidad de las marcas no tradicionales", en *Simposio sobre el régimen de propiedad industrial Comunidad Andina.* Bogotá, Colombia: 2015. 10.
31 Jorge Otamendi, *Derecho de marcas.* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003), 9.
32 Interpretación Prejudicial No. 421-IP-2019, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 18 de junio de 2020, párr. 1.6.

2.3. La representación gráfica es un mero requisito procedimental

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, la representación gráfica es simplemente un "[…] requisito formal, objetivo y funcional por oposición a la aptitud diferenciadora o carácter distintivo que es un requisito de primer orden […]"[33] al ser el elemento primordial que define la marca. Entonces, es tan solo un requisito procedimental del registro, que tiene su razón de ser en el sistema atributivo y que busca garantizar el funcionamiento de este último.

2.3.1. La representación gráfica se fundamenta en el sistema atributivo

El sistema atributivo o registral está recogido en la legislación andina y nacional e implica que el derecho exclusivo sobre una marca se adquiere a partir de su registro ante la autoridad nacional competente.[34] Por ende, sin registro el solicitante no podrá ejercer las facultades de explotar la marca, ejercer actos de disposición y de impedir que terceros, bien registren una marca idéntica o similar, o bien realicen determinados actos con su marca (*ius prohibendi*).[35] Por este motivo, el registro tiene una importancia trascendental en el régimen marcario ecuatoriano, andino y continental, pues solamente con su concesión, los operadores económicos estarán legitimados para hacer oponible su signo respecto de los demás competidores en el mercado.

Si bien es cierto que con base en lo dispuesto en los Títulos X y XIII de la Decisión 486 y Capítulos X y XV del COESCCI, un nombre comercial o una marca notoriamente conocida podrían beneficiarse de una tutela por un procedimiento diferente al registro,[36] es importante recalcar que se trata de excepciones. Luego, no hay duda sobre la magnitud del registro para los efectos jurídicos de la marca en general.

Ahora, la representación gráfica es únicamente una porción del registro. Por ello, se ha dicho que este requisito tiene su razón de ser en el sistema atributivo, pues su carácter funcional "[…] radica básicamente en la opción legislativa a favor del registro como vía fundamental para la adquisición de la marca […]".[37] En ese sentido, el requisito material en cuestión se exige en la primera

33 Balaña, "El entorno digital ¿Segunda oportunidad para la marca olfativa?" 25.
34 Artículo 154, Decisión 486; Artículo 364, COESCCI.
35 Interpretación Prejudicial No. 26-IP-2017, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 1 de diciembre de 2017, párr. 1.2.
36 Artículo 191, Decisión 486; Artículo 229, Decisión 486; Artículo 416, COESCCI; Artículo 460, COESCCI.
37 Luis Alberto Marco Arcalá.. "Prohibiciones absolutas", en *Comentarios a la Ley de Marcas*, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, (Navarra, Aranzadi, 2008). 139.

etapa del proceso de registro, pues la solicitud de registro debe contener la representación gráfica de la marca.[38]

De lo expuesto se desprende que la representación gráfica tiene sentido en el régimen marcario porque es un requisito procedimental del registro. En consecuencia, "[…] debe quedar claro que, por importante que sea el requisito de la representación gráfica, únicamente puede tener relevancia en el marco del sistema registral".[39] Por consiguiente, lo verdaderamente esencial no es el requisito de representación gráfica, sino el proceso de registro, pues según lo detallado, es el proceso *sine qua non* para adquirir los derechos marcarios.

2.3.2. La representación gráfica busca garantizar el funcionamiento del sistema atributivo

En virtud de que los derechos marcarios no tienen un ejercicio ilimitado,[40] el registro debe establecer de manera precisa, el marco de protección de los derechos del titular. Esto debido a que como ha señalado el TJCA, la expresión exacta, completa y rigurosa de las marcas protege de mejor manera los derechos de los titulares de las marcas, permite a los operadores económicos determinar la competencia en el mercado así como evitar infracciones o conocer de las mismas y previene a los consumidores del riesgo de confusión o asociación.[41] Por ello, el sistema atributivo tiene como objetivo precisar la marca en el registro de tal manera que se garantice seguridad jurídica al titular, a los competidores en el mercado y a los consumidores.

En virtud de lo dicho, considerando que la representación gráfica tiene su razón de ser en el sistema atributivo, este requisito debe alcanzar el objetivo de precisión al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. En esa misma línea se ha pronunciado la doctrina al reconocer que el propósito de la representación gráfica es "[…] proteger y dar publicidad a su apropiación por un empresario, […] con el objetivo de singularizar sus productos o los servicios que presta".[42]

Así, la exigencia de la representación gráfica es útil en el régimen marcario andino y nacional en la medida en que permita precisar la marca. Esto nuevamente evidencia que lo que el régimen marcario protege a cabalidad no es el requisito de representación gráfica en sí mismo, sino el sistema atributivo y por ende, el objetivo de precisar la marca.

38 Artículo 138, Decisión 486.
39 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica," 414.
40 Interpretación Prejudicial No. 101-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, 22 de mayo de 2013, 7.
41 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 94.
42 Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, "Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer presentadas el 6 de noviembre de 2001," párr. 38.

Lo anterior también puede inferirse del criterio jurisprudencial del TJUE en el Caso Sieckmann. En este último, el alto tribunal señaló que la representación gráfica debe ser "[…] clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva".[43]

> Fácilmente accesible e inteligible para que la generalidad de los interesados en consultar el registro, que son los otros productores y los consumidores, puedan aprehenderla. Clara, precisa y completa, para que se sepa, sin duda alguna, la indicación que se monopoliza. Duradera y objetiva, para que ni el paso del tiempo ni el cambio de destinatario afecten a la identificación o a la percepción del signo.[44]

De esa manera, el TJUE valida que la representación gráfica busca precisar la marca y garantizar el funcionamiento del sistema atributivo, pues las cualidades de claridad, integridad, accesibilidad, inteligibilidad, duración y objetividad califican a la precisión, mas no a la representación gráfica *per se*. De conformidad con esto, el TJCA manifestó acertadamente en el Caso Old Parr, que la representación gráfica es una expresión de la precisión en tanto las cualidades en mención son aspectos formales que la comportan.[45]

En definitiva y en relación con lo detallado en el anterior epígrafe, la representación gráfica no es un elemento conceptual de la marca. Al contrario, es un mero requisito procedimental dentro de la etapa del registro que encuentra su fundamento en el sistema atributivo, y por ende busca garantizar su funcionamiento. Por ello este requisito material tiene utilidad dentro del régimen marcario andino y nacional en tanto sea capaz de precisar el registro de la marca a fin de garantizar seguridad jurídica para el titular, los operadores económicos y los consumidores.

3. Es idóneo eliminar el límite gramatical gráfico de la representación gráfica

En los siguientes epígrafes se evidenciará que la representación gráfica es un requisito obsoleto, pues es incapaz de precisar el registro de marcas no visuales. En consecuencia, resulta idóneo eliminar el límite gramatical gráfico de dicha exigencia, ya que la mera representación de la marca permite mayor precisión, lo cual garantiza el funcionamiento del sistema atributivo.

43 Ibid, párr. 55.
44 Ibid, párr. 29.
45 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 91 - 95.

3.1. El requisito de representación gráfica traba el registro de marcas no visuales

Según lo evidenciado en los anteriores epígrafes, la Decisión 486 reconoce que el único elemento esencial dentro del régimen marcario es la distintividad mientras que la representación gráfica es un mero requisito procedimental. Sin embargo, la realidad dista de esta postura, pues algunos criterios jurisprudenciales y las oficinas nacionales competentes han otorgado a la representación gráfica el carácter de indispensable.

De ahí que de forma similar a lo que sucedía con el régimen marcario de la UE[46], en el régimen de la CAN existe actualmente una vulneración al derecho a la seguridad jurídica, pues si bien se reconoce que las marcas no visibles encajan en el concepto jurídico de marca, la exigencia del requisito de representación gráfica obstruye cualquier protección jurídica a través del registro. Esto debido a que, como se advirtió anteriormente, la representación gráfica está ligada a una percepción estrictamente visual. En cambio, las marcas no visibles son perceptibles por sentidos distintos a la vista.

Como se detallará a continuación, los signos no visuales difícilmente pueden ser precisados por medio de una representación gráfica que reproduzca de forma exacta el objeto de protección de este tipo de marcas. Es por ello que la representación gráfica es un requisito obsoleto e ineficaz, pues al no poder precisar el registro de las marcas no visuales, es incapaz de cumplir con el objetivo para el que fue creado: garantizar el funcionamiento del sistema atributivo.

3.1.1. Problemática de la representación gráfica en las marcas sonoras

En el año 2003, el TJUE dentro del Caso-283/01 (Caso Shield Mark) definió a las marcas sonoras como aquellos signos capaces de "[…] distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y que puedan ser objeto de representación gráfica".[47] Al contrario, acorde a lo señalado en los artículos 134 de la Decisión 486 y 359 del COESCCI, cabe recordar que dentro del régimen marcario andino y nacional, una marca sonora es aquel signo o medio con aptitud distintiva que se percibe por el sentido del oído. Por ejemplo, marcas sonoras son aquellas "[…] melodías, jingles o simples sonidos que, inconscientemente, nuestras mentes asocian con algún producto o servicio en particular".[48]

46 Exposición de Motivos (9), Reglamento 2015/2424.

47 Caso C-283/01, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 27 de noviembre de 2003, párr. 41.

48 Baldo Kresalja Rosselló, "La registrabilidad de las marcas auditivas, olfativas y las constituidas por color único en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones", en *XIX Congreso Internacional de la Asociación lnteramericana de Propie-*

En lo que respecta a la registrabilidad de estas marcas, si bien el TJCA no ha emitido ningún pronunciamiento, el TJUE señaló en el caso ya mencionado la aptitud del pentagrama para ser una representación gráfica clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.[49] Así también, la doctrina ha considerado que otros medios para representar gráficamente las marcas sonoras son el oscilograma, espectro sonoro, espectrograma, sonograma y la descripción.[50]

Respecto a la última, la doctrina ha alegado que no es una representación precisa en tanto adolece de vaguedad y claridad.[51] Al igual que sucede en las marcas olfativas, la descripción puede resultar en una representación gráfica útil en tanto el consultante conozca el sonido al que se hace referencia. De ahí que a fin de cumplir con el objetivo de precisión del sistema atributivo, la descripción no resulta suficiente.

En relación al pentagrama, oscilograma, espectro sonoro, espectograma y sonograma; el uso de dichas herramientas para representar gráficamente las marcas sonoras presentan un gran obstáculo. Si bien no existe normativa o jurisprudencia que señale que el público debe percibir el signo de forma inmediata,[52] no es menos cierto que el uso de estos medios implica una carga injustificada sobre el consultante para poder percibir el signo de una manera precisa. Esto, debido a que se necesita del conocimiento de un experto para poder interpretar los sonidos a través de estos medios y compararlos con otros existentes en el mercado.[53]

En relación con ello, si bien "(…) los esfuerzos se han concentrado en encontrar las formas más adecuadas de representación de estos signos, de manera que no resulten demasiado complejas o gravosas para los solicitantes o las oficinas (…)",[54] el TJCA ha reconocido que "[…] la problemática de la representación gráfica del signo a los fines de su publicación (y posibles oposiciones) atañe a la Oficina de marcas […]".[55] De ahí que el uso de estos medios para representar gráficamente las marcas sonoras, impide el correcto funcionamiento del sistema atributivo, pues la precisión del objeto de protección de la marca sonora se sustenta en un esfuerzo excesivo del consultante que no está obligado a soportar.

dad lndustrial (Buenos Aires: ASIPI, 2000), 176.

49 Caso C-283/01, párr. 62.

50 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "Marcas no tradicionales", *Revista de la OMPI,* no. 1. (Febrero 2009): 5.

51 Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, "Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer presentadas el 3 de abril de 2003", párr. 43.

52 Caso C-283/01, párr. 44.

53 Arias, "La registrabilidad de las marcas no tradicionales," 13.

54 Gretell Leyva Salazar, "Un acercamiento a las marcas animadas", *Revista La Propiedad Inmaterial*, no. 24. (julio -diciembre 2017): 11, DOI: https://doi-org.ezbiblio.usfq.edu.ec/10.18601/16571959.n24.01.

55 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 75.

3.1.2. Problemática de la representación gráfica en las marcas olfativas

El TJUE estableció en el Caso Sieckmann que un olor puede constituir una marca si además de tener aptitud distintiva, es susceptible de representación gráfica.[56] En cambio, de conformidad con la Decisión 486 y el COESCCI, en el régimen andino un olor podrá considerarse como marca en tanto tenga aptitud distintiva, pues "[…] si la representación gráfica no figura en el concepto legal de marca, […] el olor, aunque no fuera representable gráficamente, sería conceptualmente una marca […]".[57]

Ahora, frente a los signos distintivos sonoros, las marcas olfativas encuentran un obstáculo más grande en la representación gráfica. A pesar de que el TJCA tampoco ha desarrollado esta cuestión, el TJUE estableció en el Caso Sieckmann que "[…] si bien no son perceptibles en cuanto tales por la vista, sí pueden resultar visibles mediante una representación gráfica".[58] Al respecto, cabe señalar que dicha afirmación atenta contra la precisión protegida por el sistema registral, pues la percepción visual de un signo no visual impide un entendimiento integral del mismo.

Por esa razón la misma autoridad judicial determinó que una fórmula química, la descripción por medio de palabras y el depósito de una muestra del olor, no son representaciones gráficas claras, precisas, completas en sí mismas, fácilmente accesibles, inteligibles, duraderas y objetivas.[59] En virtud de ello, el Caso Sieckmann valió más por lo que negó que por lo que afirmó, pues si bien motivó por qué las representaciones del solicitante no eran acordes a la ley, no señaló de qué manera se puede representar gráficamente una marca olfativa.[60]

En lo que se relaciona al depósito de la muestra de olor, el TJUE negó su aplicación *prima facie* debido a que no es un método gráfico, que además no es estable ni duradero.[61] Con lo que respecta a la descripción, la autoridad judicial impuso que el uso de palabras para detallar un signo de este tipo no es lo suficientemente claro, objetivo y preciso.[62]

Al respecto, en algunos casos la descripción sí puede funcionar como representación gráfica.[63] Empero, al igual que en las marcas sonoras, esto se subor-

56 Asunto C-273/00, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 12 de diciembre de 2002. párr. 45.
57 Otero, "La representación de la marca en las propuestas comunitarias", 422.
58 Asunto C-273/00, párr. 32.
59 Ibid., párr. 73.
60 Otero, "La representación de la marca en las propuestas comunitarias", 420.
61 Asunto C-273/00, párr. 71.
62 Ibid., párr 70.
63 Solicitud No. 1241420 de mayo de 2008 ante Oficina de Propiedad Intelectual de Australia. "OMPI Base Mundial de Datos Sobre Marcas.". Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (Octubre 2020). https://www3.wipo.int/branddb/es/#.

dina a que el público en general tenga con anterioridad una referencia sobre el olor al que se hace alusión.[64] De ahí que si se describe, por ejemplo, el olor a eucalipto, el público en general podrá percibir el aroma. En cambio, si se hace referencia a un aroma creado específicamente para identificar un producto o un servicio —tal y como acontece en el Caso Sieckmann— el público en general no podrá entenderlo y por tanto la descripción resultaría inútil.

En relación a la fórmula química, el TJUE señaló que, además de que no representa el olor si no la sustancia *per se*, esta no es suficientemente inteligible para el público en general, en tanto "[…] pocas personas serían capaces de reconocer, en una fórmula de ese tipo, el olor en cuestión".[65] Este pronunciamiento genera varias dudas ya que en este caso, el TJUE coincide con el TJCA en que no debe existir una carga injustificada en el consultante para determinar la naturaleza exacta de la marca a partir del registro. Sin embargo, al mismo tiempo, genera inseguridad jurídica ya que como se señaló anteriormente, la misma autoridad judicial reconoció en el Caso Shield Mark, que el pentagrama —que podría considerarse como la fórmula química de la marca sonora— sí tiene aptitud para ser una representación gráfica.

Esta incertidumbre ha suscitado varias críticas, pues para algunos autores, admitir como representación gráfica al pentagrama pero negar la fórmula química, supone una discriminación injustificada.[66] De esta forma, se evidencia la falta de criterios uniformes en el régimen de protección jurídica de las marcas no visibles y su representación gráfica.

En ese sentido, a partir de las negaciones dispuestas en el Caso Sieckmann, se ha propuesto la posibilidad de representar gráficamente un signo distintivo olfativo a través del análisis cromatográfico.[67] Lastimosamente, al igual que la fórmula química, el uso de esta herramienta impone un esfuerzo injustificado en terceros no familiarizados con su uso, lo cual desvirtuaría el sistema atributivo. Esto, a partir de que se pondría en riesgo la posibilidad de que los operadores económicos se opongan a las solicitudes de registro "[…] por no ser capaces de identificar si el signo solicitado infringe algún derecho individual o colectivo".[68]

En definitiva, a partir de lo señalado se desprende que no existe certeza sobre qué representación gráfica permitiría al público en general determinar el objeto exacto de protección de una marca olfativa de manera que se garantice el funcionamiento del sistema atributivo.

64 Arias, "La registrabilidad de las marcas no tradicionales," 12.
65 Asunto C-273/00, párr. 69.
66 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica," 415.
67 Camilo Andrés Díaz Trillos, "La registrabilidad del olor en Colombia, una posibilidad marcaria para el Siglo XXI", *Jurídicas CUC* 13, no. 1 (Enero – Diciembre 2017): 62, http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.3.
68 Arias, "La registrabilidad de las marcas no tradicionales", 12.

3.1.3. Problemática de la representación gráfica en las marcas táctiles

Al igual que las marcas sonoras y olfativas, las táctiles deben ser definidas como los signos o medios perceptibles por medio del tacto, con aptitud para distinguir productos o servicios y diferenciarlos de sus competidores. Así también lo ha reconocido la International Trademark Association desde 2006.[69]

Respecto a la registrabilidad de este tipo de marcas, el TJCA desarrolló esta cuestión en el Caso Old Parr. En esta interpretación prejudicial, la autoridad judicial reconoció que la representación gráfica ejerce un rol importante en las marcas no tradicionales,[70] pues la descripción y la fotográfia de la marca táctil permiten reconocer distintas características de la marca.[71]

A pesar de ello, del *ratio decidendi* del caso, se desprende que si bien la representación gráfica de la marca táctil es útil, no es *per se* suficiente para, de conformidad con el sistema atributivo, dar a conocer de manera exacta el objeto de protección de una marca táctil. Por esto, el TJCA admitió que para una mayor precisión del objeto de la marca táctil,"[…] se debe contar con varias representaciones de la marca, tomadas en perspectivas diferentes y según distintos métodos y modalidades".[72] De ahí que del análisis expuesto por el TJCA, se concluye que a fin de dar cumplimiento al sistema registral, las representaciones gráficas de una marca táctil no permiten determinar con exactitud el objeto de protección.

3.1.4. Problemática de la representación gráfica en las marcas gustativas

Las marcas gustativas son, entre las marcas no visibles, las menos comunes. Esto se debe a que generalmente el sabor es una característica de los productos, lo cual anula la aptitud distintiva de este tipo de signos.[73] Pese a ello, mientras un signo que se perciba por medio del gusto pueda distinguir un producto o servicio y diferenciarlo de sus competidores, podrá constituir una marca en el régimen marcario andino y nacional.

Al igual que en las marcas olfativas y sonoras, no existe desarrollo jurisprudencial por parte del TJCA que aclare las cuestiones de registrabilidad de este tipo de marcas. No obstante, el TJUE en el Caso R 120/2001-2 (en adelante

69 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 56.
70 Ibid., párr. 96.
71 Juan Manuel Indacochea, "La interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino", *Revistas IUS ET VERITAS,* no. 56. (Julio 2018): 121, http://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.007
72 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 98.
73 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica," 407.

Caso Eli Lilly), determinó que si la descripción de una marca olfativa no es una representación gráfica clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva; entonces la descripción de una marca gustativa tampoco cumple con estos requisitos.[74]

De la misma forma que en el Caso Sieckmann, el TJUE no especificó en el Caso Eli Lilly de qué manera una marca gustativa podría cumplir con la literalidad de la representación gráfica, por lo que no existe certidumbre ante la manera de representar gráficamente este tipo de marcas de conformidad con el sistema atributivo.

3.2. La representación *per se* garantiza precisión en el sistema atributivo

Como ha quedado plasmado, la representación gráfica no permite precisar las marcas no visibles, lo cual obstaculiza el registro de estas marcas. Sin embargo, al mismo tiempo es menester que la marca se reproduzca de alguna forma a fin de cumplir con el sistema registral. Por ello, en aras de garantizar el funcionamiento de dicho sistema, y al igual que lo hizo la UE, el régimen marcario andino y nacional debe excluir el límite gramatical gráfico de las representaciones de las marcas. Esto, de manera que las marcas sonoras, olfativas, táctiles y gustativas se reproduzcan por medios —claros, precisos, completos en sí mismos, inteligibles y duraderos y objetivos— que sean perceptibles por cualquiera de los cinco sentidos del ser humano.

El TJCA coincide con esta posición, pues otorgando preferencia al desempeño del sistema registral por sobre el carácter funcional del requisito de representación gráfica, ha reconocido que se debe admitir las "[…] representaciones de un signo distintas a las gráficas cuando éstas sean más aptas para identificarlo".[75]

3.2.1. El uso de representaciones gráficas, auditivas o mixtas permite precisar las marcas sonoras

Sin duda, a pesar de que las marcas sonoras tienen más facilidad para reproducirse de manera visual, ha quedado claro que la representación gráfica no es suficiente e impone una carga injustificada sobre el público en general, lo cual obstaculiza la precisión, y por ende el funcionamiento del sistema atributivo. Empero, la apertura al uso de representaciones no gráficas o la combinación de éstas con representaciones gráficas, permite precisar las marcas de manera que se garantice el sistema registral.

74 Caso R 120/2001-2, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4 de agosto de 2003, párr. 12.
75 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 87.

Esta última posición ha sido respaldada a nivel mundial. Por ejemplo, cabe hacer referencia al Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (en adelante Tratado de Singapur), el cual no ha sido ratificado por Ecuador, pero sí por 51 países alrededor del mundo, entre los que está Perú, país miembro de la CAN. Este Tratado "[…] constituye en la actualidad la referencia fundamental en el ámbito de las marcas atípicas, no convencionales, no-tradicionales o nuevos tipos de marcas […]".[76] Su Reglamento señala que la reproducción de una marca sonora podrá consistir en una "[…] notación en un pentagrama, o en una descripción del sonido que constituye la marca, o en una grabación analógica o digital de ese sonido, o toda combinación de lo anterior".[77]

Asimismo, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual recomienda que, además de una representación gráfica, las marcas sonoras puedan cumplir con la exigencia de reproducción mediante "[…] una descripción textual de ese sonido, una grabación de ese sonido o cualquier combinación de esos elementos".[78] Del mismo modo, en el ámbito de la UE, el Reglamento de Ejecución 2018/626 de la Comisión de la UE de 5 de marzo de 2018 (en adelante Reglamento 2018/626), acepta que se pueden utilizar archivos de audio como representación de la marca sonora.[79]

De hecho, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia —país miembro de la CAN— sugiere que además de representarse gráficamente por medio de pentagramas, fonogramas, onomatopeyas, las marcas sonoras deben acompañarse de un archivo con la grabación digital del sonido.[80] Es decir, la oficina nacional competente de Colombia reconoce que, contrario a lo estipulado en la ley, y con miras a precisar de mejor manera la marca sonora, es necesario que la representación gráfica de aquella se complemente con reproducciones auditivas. Incluso, reproducción auditiva del signo no representa un esfuerzo excesivo ni para el solicitante ni para la oficina de marcas, toda vez que actualmente las solicitudes de registro se presentan de manera electrónica, lo cual facilita el "[…] suministrar la reproducción del sonido en un fichero electrónico, por ejemplo, MP3 o .WAV, que puede ponerse a disposición de las partes interesadas o del público en la propia Oficina o su sitio Web".[81]

76 Juan Manuel Indacochea Jáuregui, "La marca táctil o de textura en el ámbito de la Comunidad Andina: A propósito de la interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino, Inconveniencias jurídicas y políticas de la actuación colombiana", *EAFIT: Journal of International Law* 7, no. 1. (Enero – Junio 2016): 120.

77 Regla 3, Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, Singapur, 27 de marzo de 2006.

78 Recomendaciones para la gestión electrónica de las marcas sonoras, Norma ST. 68, Comité de Normas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 24 de marzo de 2016, párr 5.

79 Artículo 3, Reglamento de Ejecución (UE) 2018/626 de la Comisión de 5 de marzo de 2018, Comisión de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea No. L 104/37 de 24 de abril de 2018.

80 Superintendencia de Industria y Comercio, *Manual de Marcas* (Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio, 2016), 31.

81 Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), "Marcas no tradicionales: enseñanzas destacadas", en *Decimoctava sesión*, ed. Secretaría de la OMPI (Ginebra: OMPI, 2007), 5.

El pronunciamiento de las oficinas de marcas refleja la inminente necesidad de un cambio legislativo, no sólo en el ámbito de las marcas sonoras sino para las marcas no visuales en general. De ahí que resulta importante recordar que el derecho pretende llegar a un consenso que se adapta a las necesidades de una realidad "[…] que se encuentra permanentemente *in fieri* y demanda por ello un esfuerzo continuo de renovación por parte de todos los operadores jurídicos, que es tanto como decir todos los individuos que componen una sociedad dada".[82]

De lo dicho se desprende que el uso de representaciones no gráficas o la combinación de éstas con medios gráficos "[…] puede ser preferible a la simple representación gráfica si ello permite una identificación más precisa e […] incrementa la seguridad juridica".[83] De esta manera, queda a discreción del solicitante utilizar los medios gráficos o auditivos que crea convenientes a fin de reproducir la marca sonora de la manera más precisa posible.

Igualmente, cada oficina nacional competente debe estudiar si la representación gráfica, auditiva, o mixta, es lo suficientemente clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva para permitir a los operadores económicos y consumidores determinar el marco de protección de la marca sonora bajo análisis. En ese sentido, el Grupo Volkswagen ha registrado marcas sonoras utilizando únicamente pentagramas[84] o grabaciones de sonido.[85] Asimismo, Land Business S.A. registró en Costa Rica una marca sonora utilizando exclusivamente la descripción "¡URRIA, URRIA!".[86] Esto demuestra que no todos los registros son precisados de igual forma, pues el tipo de reproducción será lo suficientemente preciso o impreciso dependiendo de las circunstancias de cada caso.

En definitiva, es claro que la posibilidad de representar una marca sonora a través de medios auditivos permite ganar en precisión en el registro de este tipo de marcas. Esto trae como consecuencia el funcionamiento integral del sistema atributivo, pues finalmente los consultantes del registro podrán precisar los signos auditivos de manera inmediata y sin una carga injustificada.

82 Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández , El Derecho y El Revés (Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 2006), 27.

83 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica," 414.

84 Registro No. DE302020012407 de 15 de julio de 2020 ante la Oficina Alemana de Marcas y Patentes. "OMPI Base Mundial de Datos Sobre Marcas". Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (Octubre 2020). https://www3.wipo.int/branddb/es/#.

85 Registro No. DE302019020963 de 10 de diciembre de 2019 ante la Oficina Alemana de Marcas y Patentes. "OMPI Base Mundial de Datos Sobre Marcas". Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (Octubre 2020). https://www3.wipo.int/branddb/es/#.

86 Registro No. 171608 de 26 de noviembre de 2007 ante el Registro Nacional de Costa Rica. "OMPI Base Mundial de Datos Sobre Marcas". Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (Octubre 2020). https://www3.wipo.int/branddb/es/#.

3.2.2. El uso de representaciones palpables permite precisar las marcas táctiles

Cómo se señaló anteriormente, el TJCA desarrolló la registrabilidad de la marca táctil en el Caso Old Parr. De ahí que el ente judicial determinó en esa interpretación prejudicial la manera en que la marca táctil debe cumplir con una representación clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva. Ahora bien, de manera descuidada el TJCA denotó que se debe hacer una interpretación amplia del requisito de representación gráfica, incluyendo como elemento de aquella a la muestra física de la marca táctil.[87]

Esto significó un uso desacertado de palabras, pues la muestra física no es una representación gráfica. Al contrario, si bien el público en general puede ver la muestra física, la forma de percibir el signo —para propósitos de determinar el marco de protección del signo distintivo— será estrictamente táctil. En todo caso, no cabe duda de que el TJCA reconoció que la marca táctil debe ser representada también con una muestra física.

Al respecto, Manuel Guerrero Gaitán sostiene que la muestra física o depósito presenta varios problemas. Ello a partir de que las oficinas nacionales competentes en materia de propiedad intelectual han hecho grandes esfuerzos por digitalizar los procesos de registro y el hecho de que exista una obligación de revisar este depósito anula dicho esfuerzo.[88] En consecuencia, el autor considera que se crea un problema logístico-administrativo, y una carga injustificada en el consultante.[89]

Sin embargo, la muestra física es una representación precisa que a diferencia de lo que sucede con, por ejemplo, el pentagrama para la marca sonora o la fórmula química para la marca olfativa, permite al consultante percibir el signo de manera directa e inmediata. Así, resulta ser una representación que cumple con el objetivo de precisión interpuesto por el sistema atributivo.

Por consiguiente, si bien hubiese sido más preciso que el TJCA determine que la representación gráfica de este tipo de signos puede ser complementada por una representación táctil como la muestra física, el criterio del tribunal es extremadamente claro. Así, es imperioso que la representación gráfica de la marca táctil se complemente con una reproducción palpable a fin de precisar la marca de manera que el consultante perciba el signo de manera integral.

87 Interpretación Prejudicial No. 242-IP-2015, párr. 101.
88 Guerrero, "Marcas no tradicionales y el requisito de representación gráfica".
89 Ibid.

3.2.3. La representación *per se* permite el registro de marcas olfativas y gustativas

Como se demostró, la dificultad de representar gráficamente de manera precisa las marcas olfativas y gustativas es la más evidente. Ahora, cabe reconocer que con dicha dificultad no se restringe a las representaciones gráficas. Esto debido a que si bien actualmente se desarrollan tecnologías que, por ejemplo, permiten percibir olores de forma digital[90], en los regímenes marcarios no existe certeza sobre qué medios no gráficos podrían utilizarse para la representación precisa de marcas olfativas o gustativas.[91]

En ese sentido, existe una posición restrictiva y otra flexible respecto a la representación de las marcas olfativas y gustativas. En relación a la primera, doctrinarios como Otero Lastres defienden la postura restrictiva al manifestar que mientras no se concreten los avances tecnológicos, las reproducciones de las marcas deben limitarse a representaciones visuales y auditivas con el objetivo de garantizar seguridad jurídica.[92]

Respecto a esta postura es importante denotar que el problema no quedaría solventado. Esto debido a que como se ha reiterado en este análisis, las marcas olfativas y gustativas forman parte del concepto marcario —incluso se incorporan en la lista *numerus apertus*[93]— pero la protección jurídica se desvanecería al momento de exigir únicamente representaciones gráficas o visuales. En tanto estos últimos medios no permitirían percibir el signo olfativo o gustativo de manera integral, el problema no quedaría zanjado.

En lo concerniente a ello, Manuel Guerrero Gaitán señala que si bien es válido sostener que las interpretaciones de la norma no deben ser abiertas a fin de garantizar seguridad jurídica, la postura detallada en el párrafo anterior presenta otro problema adicional. La contrariedad se relaciona con el hecho de que tanto en la UE como en la CAN, no es sólo un país el que decide, por lo que reformar las normas es un proceso que implicaría no sólo tiempo y recursos adicionales, sino el consenso de todos los países miembros.[94] Así, Guerrero Gaitán defiende que, si se presenta la oportunidad de reformar la Decisión 486, se debe sacrificar un poco de seguridad jurídica para darle un espacio de evolución al derecho.[95]

---

90 Cristina Fernández Cámara, "Marcas olfativas, 'sensory branding' y Reglamento UE 2015/2424", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, no. *67* (2017): 152.

91 José Barreda, "Algunas anotaciones respecto de los requisitos de registrabilidad de signos según la Decisión 486 de la Comunidad Andina", en *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa* ed. Rodrigo Velasco, Marcos Morales (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 238.

92 Otero, "La representación de la marca en las propuestas comunitarias", 427.

93 Artículo 134, Decisión 486; Artículo 359, COESCCI.

94 Guerrero, "Marcas no tradicionales y el requisito de representación gráfica".

95 Ibid.

Lo anterior es precisamente el fundamento de la postura flexible. El mejor ejemplo de esta segunda postura es la UE, pues como se ha reiterado, desde la vigencia del Reglamento 2015/2424 el régimen comunitario europeo sostiene que las marcas pueden ser representadas "[…] de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular".[96] Así también, esta postura ha sido respaldada por el Tratado de Singapur, el cual estipula que ante la solicitud de registro de las marcas no visibles y no sonoras, se "[…] podrá exigir una o más representaciones de la marca, una indicación del tipo de marca y detalles relativos a la marca, según lo disponga la legislación de esa Parte Contratante".[97]

A diferencia de la postura restrictiva, esta última garantiza seguridad jurídica por dos razones. Primero, porque además de considerarlas conceptualmente como marca, la legislación permite la representación de las marcas olfativas y gustativas. Así, se accede a que el solicitante represente la marca de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible.[98] Esto implica que el registro de marcas olfativas y gustativas depende solamente de que las oficinas nacionales competentes se doten de la tecnología necesaria para tal efecto.[99]

Segundo, esta postura sí garantiza seguridad jurídica debido a que "[…] el hecho de permitir una mayor flexibilidad en los medios de representación no debe pasar por alto la idea básica que subyace en la lista de criterios enunciados en Sieckmann […]".[100] En consecuencia, y tal como lo señala el Reglamento 2018/626, independientemente de la representación que se use para representar las marcas olfativas o gustativas, esta debe necesariamente ser lo suficientemente clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.[101] Esto, con el objetivo de que, como bien lo estipula el Reglamento No. 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la UE, las autoridades competentes y el público en general puedan determinar con claridad y exactitud el objeto preciso de la protección otorgada al titular,[102] impulsando así, el funcionamiento del sistema atributivo.

Además, la adopción de la postura flexible incentiva el desarrollo tecnológico de los operadores y apertura la posibilidad de que exista un análisis jurídico en las oficinas de marcas así como un desarrollo jurisprudencial por parte del

96 Artículo 4, Reglamento 2015/2424.
97 Regla 3, Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, Singapur, 27 de marzo de 2006.
98 E*xposición* de motivos (9), Reglamento 2015/2424.
99 Balaña, "El entorno digital ¿Segunda oportunidad para la marca olfativa?" 27.
100 Torrubia, "El requisito de la representación gráfica," 415.
101 Artículo 3, Reglamento 2018/626.
102 Artículo 4, Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europea y del Consejo de 14 de junio de 2017, Parlamento y Consejo de la Unión Europea, Diairo Oficial de la Unión Europea No. L 154/2 de 16 de junio de 2017.

TJCA de las representaciones de las marcas olfativas y gustativas. De lo contrario, independientemente de que existan avances tecnológicos que permitan representar este tipo de marcas, al no ser representaciones estrictamente visuales o sonoras, estas no podrían ser conocidas por las autoridades competentes.

4. Conclusiones

En medio de la era digital es esencial otorgar protección jurídica a las marcas no visuales, las cuales son uno de los resultados de los grandes avances tecnológicos. Sin embargo, como ha quedado verificado, actualmente la CAN y por consiguiente Ecuador, no permiten tutelar de una manera integral este tipo de signos distintivos. Peor aún, la falta de protección se debe simplemente a la exigencia de la representación gráfica. Así, a lo largo de este estudio, se ha demostrado que actualmente, el requisito en cuestión no encuentra razón alguna para permanecer vigente en un régimen marcario con sistema atributivo, como lo es la CAN.

En primer lugar, la exclusión de la representación gráfica no altera en lo más mínimo la esencia del régimen marcario al que está sujeto Ecuador. Esto a partir de que, como quedó detallado en los primeros epígrafes, la representación gráfica es un mero requisito procedimental. En ese sentido, la esencia de la marca no depende en lo absoluto de esta exigencia, pues para que un signo constituya una marca, basta que tenga aptitud distintiva. Por esto último, es irrefutable que los signos sonoros, olfativos, táctiles y gustativos pueden constituir marcas y que el problema para la protección de estos signos distintivos recae únicamente en la exigencia del requisito de representación gráfica.

En segundo lugar, es idóneo eliminar el requisito de representación gráfica de la legislación andina y nacional en virtud de que ha perdido su capacidad para cumplir su principal objetivo. Tal y como se constató, la exigencia de la representación gráfica tiene sentido mientras sea capaz de precisar los registros marcarios a fin de garantizar el funcionamiento del sistema atributivo. Sin embargo, la representación gráfica es una figura incapaz de delimitar de una manera precisa el objeto de protección de signos no visuales. En definitiva, lo único que hoy en día logra la representación gráfica es imponer cargas injustificadas en los terceros consultantes y brindar incertidumbre respecto de la imposibilidad de traducir algo no visual a un campo visual.

Además la razón por la que el régimen marcario andino y nacional no ha adoptado la postura flexible respecto a la representación de la marca —como si lo hizo la UE— está fuera de lógica en medio de la era digital, donde la tecnología brinda soluciones. Así, la idoneidad de la exclusión de la represen-

tación gráfica es indiscutible en tanto la tecnología generalmente disponible permitirá al régimen marcario gozar de precisión.

Por todo lo anterior, en concordancia con el ánalisis expuesto, es conducente proceder con una reforma al régimen marcario de la CAN, por medio de la cual se excluya a la exigencia gráfica, del requisito de representación. Así se permitirá que las marcas —con independencia de que sean visuales o no— sean precisadas mediante reproducciones claras, precisas, completas en sí mismas, fácilmente accesibles, inteligibles, duraderas y objetivas. Así, finalmente se garantizará el funcionamiento del sistema atributivo, pues operadores económicos, operadores jurídicos y los titulares podrán conocer el objeto de protección de los signos distintivos de una forma precisa.

En definitiva, se sugiere que los artículos 134 de la Decisión 486 y 359 del COESCCI sean reformados. Así, se recomienda que el primer inciso de los artículos en cuestión señale la siguiente fórmula: "A efectos de este régimen, constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado y diferenciarlos de sus competidores. Para ser registrados, los signos distintivos deberán ser objeto de una representación que permita a las autoridades competentes y al público en general, determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular".

USFQ_LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

Divorcio incausado: una urgente actualización normativa

Uncaused Divorce: An Urgent Normative Update

Sergio Núñez Dávila *

Recibido / Received: 09/05/2021
Aceptado / Accepted: 24/10/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2280

Citación:
Núñez Dávila, S. «Divorcio incausado: una urgente actualización normativa». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 157-181, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2280.

* Estudiante y Asistente de cátedra de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nunezsergio9@gmail.com; snunezd@estud.usfq.edu.ec ORCID iD: https://orcid.org/ 0000-0003-0588-1292

Resumen

Desde sus orígenes en el Ecuador, la figura civil del divorcio se rige por un sistema causalista. Para que el juez pueda declarar la disolución del vínculo matrimonial, es preciso que se verifiquen –y se prueben– una serie de elementos fácticos prescritos en la ley. Como es lógico, estos requisitos legales dificultan la libre terminación del vínculo y reducen el problema a uno de carácter probatorio. Sin embargo, este sistema fue introducido en el Ecuador hace ya más de cien años. Actualmente, el divorcio por causales resulta incompatible con un Estado en el que prima la libertad y la autonomía de la voluntad de sus ciudadanos. La libertad para decidir quién ser. El presente trabajo propone la mejor vía de escape para este anticuado régimen: un divorcio incausado y unilateral. No se requiere más que la voluntad de uno de los cónyuges, independientemente de las razones personales que lo motivaron a tomar esa decisión. Nada tendrá que ser probado ni justificado, pues el Estado no es acreedor de explicaciones tan íntimas. Su rol no consiste en decidir sobre la vida privada de las personas. Por el contrario, el Estado debe protegerlas para que por sí mismas tengan la libertad para decidir qué es lo que mejor les conviene. El divorcio incausado, por lo tanto, es respetuoso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y protección familiar, además de valorar –por sobre todo– la autonomía de las personas. Es necesario introducirlo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para, por fin, dotar del elemento libertad a su régimen matrimonial.

Palabras clave

Divorcio; divorcio incausado; libre desarrollo de la personalidad; autonomía de la voluntad; derecho a la privacidad familiar; derecho a la protección familiar; proteccionismo; paternalismo; perfeccionismo

Abstract

Since its origins in Ecuador, the civil figure of divorce has followed a causal system. In order for the judge to dissolve a marriage, some factual evidence required by the law has to be verified and proven. Unsurprisingly, these legal requirements restrict the dissolution and reduce the problem to a probatory issue. Nevertheless, this system was introduced in Ecuador more than a hundred years ago. Nowadays, the causal system is incompatible with a State that enhances freedom and individual autonomy as one of its core legal values. The freedom to decide who to be. To assess this issue, the present study pretends to propose an alternative yet optimum solution: an uncaused and unilateral divorce. Nothing should be proven or justified, since the State is no creditor of such intimate explanations. Its role does not consist in taking personal decisions for its citizens. Instead, it must protect individuals so they can freely make their own choices about their personal life. Therefore, an uncaused and unilateral divorce is congruent and respectful with fundamental cons-

titutional rights such as the right to the unhindered development of the personality, the right of the individuals to the protection of the family and of its privacy, besides enhancing, above all, the autonomy of the will. It is required to be introduced in the Ecuadorian legal system to reconcile the institution of marriage with the deeply desired freedom.

Keywords

Divorce; uncaused divorce; right to the unhindered development of the personality; autonomy of the will; right to familiar privacy; right to the protection of the family; protectionism; paternalism; perfectionism

1. Introducción

"I set out on this ground, which I suppose to be self-evident, 'that the earth belongs in usufruct to the living': that the dead have neither powers nor rights over it."

Thomas Jefferson a James Madison, 1789[1]

Hasta finales del siglo XX, Chile no legalizaba el divorcio. Pero las personas sí querían divorciarse. Querían separarse y romper el vínculo a como fuera posible. ¿Cómo hacerlo en un sistema que no contempla esta figura?

Como es bien conocido, la nulidad de un acto jurídico es la sanción que la ley prescribe para aquellos casos en los que no se cumple con todos los requisitos legales que el acto en cuestión demanda. Si, por ejemplo, se celebra un contrato de compraventa de un bien inmueble mediante escritura privada, ese contrato no podrá surtir los efectos propuestos. Si se realiza una donación a la fuerza, bajo amenazas graves e intimidatorias, ese contrato tendrá un vicio del consentimiento. Cuando el juez declare la nulidad de estos contratos defectuosos, esta opera retroactivamente. No se disuelve un vínculo que nació y tuvo vida jurídica. Por el contrario, se presume que nunca existió.

A diferencia del divorcio, la nulidad no es invento nuevo. Esta ya existía mucho tiempo atrás. Por lo tanto, las personas en Chile no pretendían romper el vínculo matrimonial (pues era irrompible); lo que intentaban –y vaya que lo lograban– era anularlo.[2]

Así, durante muchos años se simularon juicios en los que se demandaba la

1 Madison, James. *The Papers of James Madison, vol. 12, 2 March 1789 –20 January 1790 and supplement 24 October 1775 24 January 1789,* ed. Charles F. Hobson and Robert A. Rutland. (Charlottesville: University Press of Virginia, 1979), 382-388. Citado en Jefferson, Thomas. *To James Madison from Thomas Jefferson, 6 September 1879*. Paris: *Founders Online*, *National Archives*, 1879. https://bit.ly/2R7N3c7.

2 Hernán F. Corral Talciani, "Indisolubilidad Matrimonial y Divorcio ante el Derecho Civil", *Revista Chilena de Derecho* 19, no. 1 (Abril 1992): pág. 36, https://bit.ly/2RE2BEi.

nulidad del matrimonio. Ambos cónyuges, astutamente, simulaban un proceso en el que alegaban –uno como actor y otro como demandado– que el matrimonio se había celebrado ante autoridad incompetente. Para tal efecto, conseguían dos testigos que certificaran fraudulentamente que aquel no era el lugar de residencia de ninguno de los dos al momento de la celebración del matrimonio.[3] El vínculo matrimonial no se disolvía, pues la disolución presupone su preexistencia. Lo que ocurría, entonces, es que después de la declaración judicial de nulidad, ese matrimonio se reputaba como no haber existido jamás.[4]

¿Cuál es la solución ante un caso como este? Habrá quien piense que lo adecuado es dificultar la simulación. Así las personas no se saldrán con la suya burlando al sistema. Para tal efecto, se podría poner un plazo de prescripción de la acción de nulidad. Otra posibilidad sería dotar de competencia a todas las autoridades, indiferentemente de la residencia de los contrayentes. Pero no. La ley no puede ser ciega ante las demandas sociales.[5] Y así fue como se legalizó el divorcio en Chile.

Análogamente, el divorcio por causales no es un reflejo de la conducta e idiosincrasia de los ecuatorianos. En primer lugar, porque la Iglesia Católica ya no tiene el mismo poder de influencia que tenía hace cien años. El tinte religioso en el entendimiento del divorcio cada vez es menor. En segundo lugar –y más importante aún– es que sucede lo mismo que en Chile: las personas se divorcian de todas maneras. Y si no hay una causal que invocar, la crearán artificialmente.

Nuevamente, el Estado ecuatoriano se encuentra ante una similar disyuntiva. Podría, por un lado, desconocer la realidad. ¿Cómo hacerlo? Fortaleciendo las causales. Podría vigorizar la exigencia probatoria de las mismas o asegurarse, a capa y espada, de que las causales no sean fabricadas por los abogados. Pero por el otro lado, y con mayor sensatez, podría reajustar el sistema para que responda a la realidad y respete derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

El presente trabajo es una propuesta de reajuste. El divorcio por causales, antes que nada, vulnera varios derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Violenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad toda vez que las personas se encuentran constreñidas a permanecer en una relación –la más estrecha de todas– en la que ya no quieren estar. Vulnera, también, el derecho a la privacidad familiar, pues el Estado se excede en sus atribuciones al exigir

3 Curioso es el emblemático caso en el que el cónyuge pidió la nulidad del matrimonio alegando que tal no era su lugar de residencia al momento del matrimonio. Ese mismo era el domicilio que figuraba en los datos del actor en la demanda. Ibid., 36.

4 Ibid., 36-38.

5 Ibid.

de sus ciudadanos explicaciones íntimas y familiares. Además, quebranta el derecho a la protección familiar al perpetuar artificialmente un ambiente doméstico hostil.

Para tal efecto, la mejor propuesta posible es la introducción de un divorcio incausado y unilateral. Al no exigir causal ni explicación alguna, faculta a las personas a desarrollar su autonomía e independencia de la mejor manera. Se propondrá en el ordenamiento ecuatoriano la instauración de una figura que, ante todo, introduzca un elemento tan deseado en materia matrimonial: la libertad.

2. Historia del matrimonio en el Ecuador

Desde su primera Constitución en el año 1830, el Ecuador era un Estado abiertamente confesional. "En el nombre de Dios, autor y legislador de la sociedad",[6] rezaba su preámbulo. El rol que la Iglesia cumplía dentro de las labores burocráticas del Estado era absolutamente protagonista. En ese entonces, la Iglesia Católica estaba a cargo de dirigir varias instituciones educativas y culturales del país, además de ser el exclusivo ente regulador del matrimonio, su celebración y sus consecuencias patrimoniales.[7] En el mismo sentido, el artículo 99 del Código Civil del año 1860 prescribía: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído".[8] Naturalmente, en un sistema matrimonial regulado monopólicamente por el derecho canónico, el divorcio estaba categóricamente proscrito, pues la piedra angular del matrimonio eclesiástico, de esta figura divina, era precisamente la indisolubilidad de su vínculo.

Sin embargo, con Eloy Alfaro y la Revolución Liberal llegó el laicismo al Ecuador. Se introdujo la Ley de Matrimonio Civil que entró en vigencia en el año 1903. Trajo consigo fundamentalmente dos novedades. Primero, le arrebató a la Iglesia la facultad exclusiva de regular el matrimonio. Segundo, instauró la figura del divorcio vincular.[9] Esta, en realidad, era su razón de fondo. Si la Ley no creaba su propio matrimonio, no hubiera podido crear su propio divorcio.

Previsiblemente, la Ley de Matrimonio Civil no estuvo exenta de fuertes críticas. Los sectores conservadores y religiosos de la sociedad no demoraron en manifestar su descontento. Al respecto, el reconocido jurista y arzobispo de Guayaquil, Juan Larrea Holguín, afirmaba que el matrimonio civil regula temas que le son naturalmente ajenos:

6 Constitución Política del Ecuador, 23 de septiembre de 1830.

7 Enrique Ayala Mora, "El laicismo en la historia del Ecuador", *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia* 8, (1996): 5, http://hdl.handle.net/10644/1257.

8 Art. 99, Código Civil [CC 1860], Registro Auténtico de 3 de diciembre 1860.

9 Divorcio vincular o perfecto es aquel que disuelve el vínculo matrimonial, mientras que el divorcio relativo, imperfecto o la separación de cuerpos, es aquel que exime a los cónyuges de algunas de las obligaciones conyugales, pero no los desvincula jurídicamente. Este segundo sí era aceptado, a regañadientes, por la Iglesia Católica.

> Se sustituye la institución natural y divina por una arbitraria convención de hombres; se cambian los sólidos cimientos por bases de arena. ¿Nos podremos quejar después de la ruina y destrucción de la sociedad? Si es difícil obedecer a Dios, más difícil es obedecer a los hombres, y con mayor razón si son ignorantes y se dejan llevar de las pasiones.[10]

Así, a regañadientes y en contra de la voluntad de muchos, fue como se introdujo el matrimonio civil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Perdura hasta el día de hoy.

3. Sistema causalista

Con la entrada en vigencia de esta Ley, el sistema era causalista. El juez puede disolver el vínculo matrimonial únicamente cuando se configure alguna de las causales prescritas en la ley. En el año 1903, la única causal existente era el adulterio de la mujer (y no del hombre). Varias reformas surgieron posteriormente con relación a las causales. En el año 1904 se añadieron otras dos: el concubinato público y escandaloso del marido, y la sentencia judicial que determina que uno de los cónyuges fue autor o cómplice de un crimen contra la vida del otro.[11]

En el año 1910 se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento.[12] Para el año 1960, el cuerpo normativo que regulaba las causales de divorcio era el Código Civil. Este contemplaba trece causales, incluyendo entre ellas a la sevicia, las injurias graves y la actitud hostil en la relación, las amenazas graves y frecuentes de un cónyuge contra la vida del otro, la enfermedad incurable y contagiosa de uno de los cónyuges, y la impotencia sexual.[13] Las reformas y derogatorias esporádicas no cesaron desde entonces y, actualmente, el artículo 110 del Código Civil contiene nueve causales de divorcio. Paralelamente, el divorcio por mutuo consentimiento encuentra cabida en el artículo 107 del mismo cuerpo normativo.[14]

4. Divorcio sanción y divorcio remedio

Es fundamental para el estudio en cuestión entender cuál es el origen y las consecuencias de un sistema causalista. Al ser producto de una lucha entre la Iglesia y la Revolución Liberal, la figura del divorcio tenía necesariamente que ser de aplicación harto inflexible.

---

10 Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador: Derecho Matrimonial, Tomo II*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985), 28.

11 Artículo 22, Ley de Matrimonio Civil de 3 de octubre de 1902, reformado en 1904.

12 Id., reforma de 1910.

13 Art. 132, Código Civil, [CC 1960], Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

14 Código Civil, [CC], Registro Oficial Suplementario 46 de 24 de junio de 2005.

El sistema causalista lo logra: permite el divorcio, pero con excesiva renuencia. Con la mayoría de las causales,[15] el divorcio es una sanción para el cónyuge culpable de desencadenar la ruptura.[16] Esta sanción se fundamenta en el incumplimiento contractual del matrimonio y pone a los ex cónyuges en una relación fundada en la culpabilidad y en la inocencia.[17] En este sentido, la Corte Nacional de Justicia ha ilustrado el concepto de divorcio sanción, tal como se lo entendía en el ordenamiento ecuatoriano, con claridad:

> Se precisa que, las causales de divorcio, en nuestra legislación, tienen relación directa con el incumplimiento de los deberes conyugales, por ejemplo, con el fin de obtener el divorcio, solo deben ser invocadas por el o la cónyuge que se creyere agraviada/o. La doctrina refiere este tipo de separaciones como divorcio sanción, puesto que el legislador ha establecido sanciones para el cónyuge que hubiere incurrido en una de las causales[18] […].[19]

Sin embargo, la misma sentencia de la Corte Nacional de Justicia aborda el concepto desde una perspectiva un tanto distinta. Explica que el derecho "no puede obligar a dos personas a vivir juntas", pues hacerlo sería vulnerar varios derechos constitucionales como "el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la dignidad en su faceta de autodeterminación y toma de decisiones libres sobre asuntos personales sin injerencias indebidas del Estado".[20] Además de que el divorcio es considerado por la legislación ecuatoriana como una sanción o castigo, la Corte consideró la posibilidad de que sea también visto como una salida a una situación tormentosa y conflictiva. Fue un buen primer inicio.

En ese sentido, el entendimiento del divorcio ha experimentado un punto de inflexión. Ya no se lo concibe como un castigo que debe sufrir el cónyuge culpable de la disolución conyugal. Empieza a ser percibido como un remedio para una relación que se sostiene en la vida jurídica pero no en la realidad.[21] El divorcio remedio abandona la idea de que uno de los cónyuges es culpable y merecedor de una sanción. Lo que prima es la voluntad

---

15 Por ejemplo, la causal tercera del artículo 110 del Código Civil prescribe que será causal de divorcio "el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial". Evidentemente, esta causal no contempla la relación culpable-inocente. Sin embargo, el resto de causales sí que lo hacen: el adulterio de uno de los cónyuges, los tratos crueles, las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, etcétera.

16 Corral, "Indisolubilidad matrimonial y divorcio", 41.

17 Ana Albarracín Cogollo, "La reparación de los perjuicios ocasionados por el divorcio en la legislación colombiana", *Temas Socio-Jurídicos* 30, no. 62 (Febrero 2013): 196-197. https://bit.ly/2SFyLQn.

18 Esas sanciones, en el año 2014, eran las siguientes: el cónyuge culpable perdía la custodia de los hijos (art. 108, numeral cuarto del CC); no tendrá derecho a recibir la quinta parte de los bienes del cónyuge para su congrua sustentación, con ciertas excepciones (art. 112 del CC); el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones realizadas al cónyuge culpable (art. 114 del CC); en caso de que la causal sea la de abandono, para la liquidación de la sociedad conyugal los bienes adquiridos en virtud del trabajo del cónyuge abandonado, en dicho período, no entrarán al haber absoluto de la sociedad (art. 116 del CC).

19 Sentencia No. 0170-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, 19 de agosto de 2014, 5.3.2.

20 Id.

21 Mabel Rivero de Arhancet, Beatriz Ramos Cabanellas, "El divorcio en el derecho uruguayo", en *El divorcio en el derecho iberoamericano,* ed. Ángel Acedo, Leonardo B. Pérez Gallardo (México, Ubijus, 2009), 616.

de disolver un vínculo jurídico que por alguna razón —que al Estado no le corresponde conocer— se volvió incompatible con el vínculo fundacional del matrimonio: el afectivo.

La jurisprudencia ecuatoriana ya ha reconocido explícitamente al divorcio como un remedio. La Corte Nacional de Justicia, en el año 2018, lo entendió de esa manera al manifestar que la disolución matrimonial "se da como un remedio para las situaciones vividas en protección de la esfera emocional y física de los cónyuges".[22] Además, añadió que mantener en la vida jurídica, en contra de la voluntad de los cónyuges, una relación matrimonial de naturaleza duelista y conflictiva atenta contra su derecho a la protección familiar y al libre desarrollo de la personalidad, ambos consagrados en los artículos 66 numeral 5 y 67 de la Constitución de la República del Ecuador.[23]

¿Qué papel juega un sistema causalista en un Estado cuyos jueces reconocen expresamente al divorcio como un remedio? Ninguno. Ante esta insalvable irreconciliabilidad, el sistema causalista debe ser desechado del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

5. Divorcio por causales vs. divorcio remedio

El anacrónico sistema causalista es incompatible con esta nueva percepción del divorcio. Si el divorcio vincular ya no es entendido como una sanción para el cónyuge infractor, sino que es percibido como una solución para una ruptura sentimental irremediable, entonces el sistema causalista ya no tiene cabida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Un sistema causalista perenniza el carácter supuestamente sancionatorio del divorcio. Es el medio adecuado para que el juez sancione con el divorcio al cónyuge infractor. Para tal efecto, el Código Civil contempla sanciones civiles para el cónyuge culpable, tales como quitarle el derecho a percibir la quinta parte de los bienes del otro cuando se encuentre en situación de pobreza[24] o facultar al inocente para que revoque las donaciones que al culpable otorgó.[25]

Ante esta manifiesta desavenencia entre el divorcio remedio y el sistema causalista, es preciso una nueva figura: el divorcio incausado. Esta coexiste pacíficamente con el divorcio remedio, pues no pretende buscar culpables que sean merecedores de sanción. *Ergo*, el divorcio incausado es mejor bienvenido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

22 Causa No. 09334-2017-00528, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, 25 de junio de 2018.

23 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

24 Artículo 112, CC.

25 Artículo 114, CC.

Es así como el divorcio incausado reajusta el sistema jurídico. El divorcio remedio significó un progreso de derechos, pero el divorcio por causales lo estanca. El divorcio incausado, entonces, devuelve la armonía al ordenamiento jurídico ecuatoriano al compatibilizar el procedimiento del divorcio (sin causales) con el entendimiento que de él se tiene. Si el divorcio es un remedio, entonces debe necesariamente ser incausado.

6. Problemas del divorcio con causales

Esta rotunda irreconciliabilidad es solo el inicio del problema. También las causales han caído en desuso. De los censos realizados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos del Ecuador (INEC), se concluye que durante los años 2019[26] y 2020,[27] solo una de las causales (de las nueve que hay) tiene una recurrencia levemente significativa: el abandono injustificado de uno de los cónyuges. En el año 2019, el 66.4% de los divorcios fueron por mutuo consentimiento (ya sea por vía judicial o notarial), mientras que la causal de abandono fue el fundamento del 28.6% de divorcios. Ninguna otra causal superó el 2.5%.[28] En el 2020, considerando que en el mes de abril no hubo ni un solo divorcio (por la pandemia), el divorcio por mutuo consentimiento ascendió al 71.5% y el divorcio por abandono descendió al 22.5%. Ninguna de las restantes causales representó un porcentaje mayor del 2.4% de los divorcios en el Ecuador.[29]

No solo que es incompatible con el divorcio remedio y sus causales muy rara vez se invocan. Este sistema es a todas luces violatorio de varios derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Al desconocer la autonomía de la voluntad de las personas, violenta vehementemente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad e intimidad familiar, y el derecho a la protección familiar.

Todas estas vulneraciones, empero, son producto de que el Estado se excede en sus atribuciones. El Estado debe proteger a sus ciudadanos, no decidir por ellos.

6.1. El rol proteccionista (y no paternalista) del Estado

Como es bien conocido, ciertas normas del derecho de familia son de orden público. El Estado tiene particular interés en las relaciones familiares, pues la

26 Instituto Nacional de Estadística y Censos [INEC], *Registro Estadística Matrimonios y Divorcios 2019*. Quito: Ecuador en Cifras, 2020, 23. https://bit.ly/3evItgL.
27 INEC, *Registro Estadística de Matrimonios y Divorcios 2020*. Quito: Ecuador en Cifras, 2021, 21. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2020/Boletin_tecnico_myd_2020.pdf.
28 INEC, Registro Estadística de Divorcios, 2019.
29 INEC, Registro Estadística de Divorcios, 2020.

familia es el núcleo fundamental de la sociedad. No obstante, por esa misma razón —por la relevancia que tiene la institución familiar en la vida de las personas— el Estado debe tener los límites de su intervención bien trazados.

El Estado ecuatoriano es pluralista.[30] Reconoce la existencia de una muy considerable diversidad en el seno de su sociedad. Tal es el punto de reconocimiento, que contempla un sistema jurídico distinto al ordinario: la justicia indígena. Al aceptar que existe más de una cosmovisión y modo de ver la vida, está reconociendo que no hay una sola forma ideal de vivirla. Esa es la razón por la que existe, por ejemplo, el derecho a la igualdad. Si todas las personas fueran absolutamente iguales, no existirían motivos para discriminar. Pero al ser todos tan distintos, existen razones (injustificadas, por supuesto) para discriminar y eso es precisamente lo que el derecho a la igualdad pretende evitar.[31]

Reconociendo y aceptando estas diferencias, el Estado no podría imponer en sus ciudadanos un determinado modo óptimo de vivir. Sería arbitrario hacerlo, pues existen tantos modelos de virtud ética cuantos individuos viven y respiran. Por eso las políticas perfeccionistas no se justifican. El Estado debe limitarse a proteger a las personas para que sean ellas mismas las que tomen las decisiones más importantes de sus vidas.

Con motivos de determinar la constitucionalidad de una norma que obliga a los ciudadanos a utilizar el cinturón de seguridad, la Corte Constitucional colombiana ha trazado la línea divisoria entre una política proteccionista y una perfeccionista o paternalista.[32] Será proteccionista aquella que proteja a las personas de tal manera en que se les garantice un adecuado desarrollo de la personalidad con base en su autonomía personal, sin imponer un modelo ideal de realización personal. Es decir, una política es justificada cuando no se funda "en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretende[n] proteger los propios intereses y convicciones del afectado".[33] A pesar de que es una obligación que desea salvaguardar al individuo, no le está diciendo cómo vivir ni qué tipo de virtud moral adoptar. Le obliga, en cambio, a protegerse a sí mismo para que pueda escoger la ruta moral que mejor le convenga.

Caso distinto es el de una política perfeccionista o paternalista. Estas buscan guiar a las personas por un determinado camino hacia la verdad. Pretenden imponer autoritariamente una forma ética de vivir. Estas medidas son injustificadas porque consisten "en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente

30 Artículos 1 y 3.3, Constitución de la República del Ecuador.

31 Como el lector comprenderá, no se hace referencia a la discriminación positiva o acción afirmativa, que en algunos casos no solo es aceptable, sino también deseable.

32 Sentencia No. 309-97, expediente D-1511, Corte Constitucional de Colombia de 25 de junio de 1997, pág. 1.

33 Id.

contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona".[34] Así la Corte justificó la obligatoriedad del uso de cinturón de seguridad. Es prudente admitir, manifestó la Corte, que nadie se realiza personalmente al exponer su vida mientras conduce.[35] ¿Hubiera podido decir lo mismo sobre el matrimonio y el divorcio, siendo estos tan relevantes para la (in)felicidad de las personas?

Es menester cuestionarse hacia dónde apunta un sistema de divorcio por causales. ¿Pretende este régimen proteger a las personas, como el cinturón de seguridad, para que puedan decidir libremente sobre sus vidas? Como el sistema dificulta el divorcio, en realidad no está protegiendo a los individuos para que puedan escoger con libertad. Está, directamente, escogiendo por ellos. Y lo que escoge no es cualquier cosa: es su estado civil. Obliga a prolongar forzosamente una relación jurídica que perdió su piedra angular: el afecto y el plan conjunto de vida. El Estado, cual padre, considera que la mejor forma de vivir es a través del matrimonio y que, por eso, la necesidad de dificultar su disolución se encuentra justificada. No solo es una política paternalista, sino que es también una lección moral.

Previsiblemente, suele decirse que mediante políticas proteccionistas se debe proteger al matrimonio. Que al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, el matrimonio merece especial resguardo. *Ergo*, que un sistema incausado debilitaría los cimientos sobre los cuales se funda la sociedad. Pero este argumento no se sostiene. Es un intento de disfrazar una política paternalista —que intenta imponer el matrimonio como virtud moral— con una que lo que quiere, en cambio, es protegerlo. Además, pasa por alto dos cuestiones fundamentales. La primera es que el matrimonio forzosamente prolongado rápidamente adquiere un aura conflictiva. La segunda es que un divorcio sanción (por causales), durante todo el iracundo proceso judicial, genera un "alto desgaste físico y emocional" en los cónyuges y en sus familiares.[36] Que quede claro: dificultar el divorcio no fortalece el matrimonio. Lo que sucede es todo lo contrario: lo desprestigia y le quita valor. Las personas, al ver este tipo de situaciones que "ponen trabas y obstáculos a la libertad, […] terminan optando por unión libre".[37] Sensatamente, preferirán evitar estos penosos escenarios.

6.2. Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad

Poder desarrollar la propia personalidad con autonomía es una de las dimensiones más importantes en la vida del ser humano. La facultad de autodeter-

34 Id, 2.
35 Id.
36 Exposición de Motivos, Decreto No. 442 [Por medio del cual se cual modifica el Código Civil del Estado de México y del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México]. Gaceta Oficial de Gobierno de 3 de mayo de 2012.
37 Rosario Movilla Suárez, "Divorcio incausado", *Revista Derectum* 1, no. 2 (Diciembre 2016): 63, https://bit.ly/3o2vUN9.

minación es un presupuesto básico para la tranquilidad del espíritu. No por casualidad es tan relevante la diferenciación entre una medida proteccionista y una paternalista.

Esta libertad de autodeterminación, al ser tan trascendente en el desarrollo individual, encuentra un amplio reconocimiento jurídico. Se materializa constitucionalmente, dentro de los derechos de libertad, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad.[38] La Corte Constitucional no ha dejado de desarrollar este concepto y ha establecido que "es la facultad que tienen las personas para autodeterminarse, decidir sus propios fines y escoger los medios para alcanzarlo, siempre que se respeten los derechos de las otras personas".[39]

La Corte Constitucional ecuatoriana, en la famosa sentencia sobre el matrimonio igualitario, cita a la Corte Constitucional colombiana para desarrollar el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

> …la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. […] Este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia.[40]

El matrimonio y su terminación no es asunto baladí. Debido al inmenso valor social y emocional que tiene para los contrayentes, es un elemento esencial en la vida de las personas. Tan valioso es para el desarrollo individual de una persona, tan arraigado en los sentimientos y valores más profundos en la vida de un individuo, que la decisión no puede quedar en manos del Estado.

Para que una persona pueda desarrollar su personalidad con libertad, poder divorciarse por decisión unilateral e incluso en contra de la voluntad del otro cónyuge, sin necesidad de invocar causal alguna, debe ser el requisito número uno. ¿Con qué justificación puede el Estado obstaculizar tamaña decisión personal? Pocas cosas son más importantes para la felicidad de un individuo que poder escoger con quién pasar el resto de su vida. El divorcio por causales vulnera enérgicamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

38 Art. 66.5, Constitución de la República del Ecuador.
39 Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional de Ecuador, 12 de junio de 2019, párr. 167.
40 Sentencia No. C-336-08, expediente D-6947, Corte Constitucional de Colombia, 16 de abril de 2008.

6.2.1. Derechos de terceros

Como ninguno lo es, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tampoco es absoluto. La facultad de autodeterminación es admisible únicamente hasta el punto en el que no interfiera con derechos de terceros. Es un condicionamiento evidentemente justificado, pues barbaridades se podrían cometer so pretexto de ser una manifestación del desarrollo de la propia personalidad. Ahora bien, es preciso determinar si el divorcio incausado merece dicha restricción.

6.2.1.1. Sobre el perjuicio social

Se suele afirmar que al ser el divorcio la ruptura de una institución tan significativa para la sociedad, es esta misma la que asume sus consecuencias. En otras palabras, que la sociedad en general es la que experimenta los perjuicios ocasionados por el divorcio.

La situación pudo haber sido tal hace muchos años. La Iglesia Católica monopolizaba la regulación y el entendimiento sobre las relaciones familiares en la sociedad. Tal era el valor moral y religioso del matrimonio, que Juan Larrea Holguín enfatizó, bajo el subtítulo "Carácter sacramental del matrimonio", el carácter metafísico del matrimonio:

> Pero hay algo que eleva al matrimonio a un plano incomparablemente superior. Se trata de una elevación que exigió una intervención directa de Dios: la elevación a la dignidad de sacramento. Eso es como una nueva creación: no de la nada, sino de algo preexistente: pero una creación, porque aparece un nuevo ser: el sacramento; el medio específico de santificación; el símbolo real e intrínseco de otra realidad; la señal sensible de la gracia que se da a los hombres: participación de la vida divina.[41]

Si esto se entiende por matrimonio, entonces el perjuicio social no era más que una consecuencia directa y natural del divorcio. Si para la sociedad y para el Estado el matrimonio es lo mismo que para Larrea Holguín, entonces el divorcio es la mayor aberración moral que el hombre puede realizar.

Pero mucho ha cambiado. Esta institución ya descendió de los cielos y ahora es gobernada por preceptos terrenales, mundanos y civiles. El matrimonio ya dejó de ser la manifestación sagrada más pura de la existencia. Se convirtió en una institución jurídica creada por el hombre, una ficción útil al igual que todo el derecho, que busca formalizar y registrar una relación sentimental, además de regular las consecuencias patrimoniales que de esta surgen. Ya no es más que eso.

41 Juan Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil en Ecuador, Tomo III* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), 158.

Consecuentemente, el matrimonio incide únicamente dentro de la vida privada de los cónyuges. Entendiendo al divorcio como lo que es, no puede generar un perjuicio social en sentido abstracto. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que "la decisión de ejercer el derecho a contraer matrimonio se trata de un asunto de la esfera privada", y que "el Estado solo puede proscribir acciones que inciden objetivamente en el bienestar de terceros".[42] Si el matrimonio pertenece a la esfera íntima de las personas, no hay razones para sostener algo distinto sobre su disolución.

Ya que el divorcio no genera perjuicio social alguno, es preciso reconocer la posibilidad de que vulnere derechos de las personas íntimamente vinculadas a él. El análisis demanda primero dilucidar si los derechos del cónyuge se ven violentados. Después, es preciso proceder al punto medular, sobre los derechos de los hijos en común de esa relación.

6.2.1.2. Derechos del otro cónyuge

El matrimonio es disoluble. Tanto lo es, que existe una figura civil destinada particularmente para ese fin: el divorcio. Es una posibilidad real que tiene sus propias consecuencias jurídicas. Todo matrimonio, jurídicamente, es susceptible de disolución. No hay sorpresa ni imprevisibilidad alguna en esto.

Cuando se entendía al divorcio como una sanción, era más sencillo argumentar que los derechos del cónyuge inocente (víctima) fueron vulnerados. Esta distribución de roles —culpable e inocente— artificialmente creada por el sistema de divorcio por causales, narraba la historia por sí sola: el cónyuge culpable vulneró los derechos del cónyuge inocente y, por lo tanto, es merecedor de una sanción. A pesar de que no tenía sustento considerable, en un sistema como tal no era posible explicarlo de otra manera.

Pero el divorcio ahora es un remedio y así lo ha entendido la jurisprudencia ecuatoriana. Ya no es el resultado de una vulneración de derechos. Si algún derecho fue vulnerado, esa conducta tendrá su consecuencia jurídica respectiva. Pero esos efectos jurídicos no tendrán relevancia alguna para decidir sobre la procedencia o improcedencia del divorcio. Por consiguiente, en un sistema que entiende al divorcio como un remedio ya no es necesario distribuir jurídicamente los roles de culpable e inocente. La vulneración de derechos ya no debe ser el pretexto jurídico que un sistema por causales necesita para aprobar el divorcio.

Dentro de este contexto, se ha empezado a entender al divorcio como un derecho. El derecho que tiene el cónyuge de, si lo considera conveniente,

42 Sentencia No. 11-18-CN/19, pág. 37.

disolver el vínculo jurídico para evitar la prolongación de sus desavenencias. Es, en otras palabras, el derecho para remediar una situación desfavorable. El derecho español ya lo ha reconocido como tal y en cierto modo también lo ha hecho el derecho francés:

> El legislador reconoce un auténtico derecho al divorcio que viene a incrementar la larga lista de derechos subjetivos recientes y la consagración del derecho al divorcio confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar. Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio.[43]

Entenderlo como un derecho subjetivo es absolutamente compatible con la nueva noción de divorcio remedio. Al ser una solución, no es más que el derecho a poder tomar una decisión que resuelva una situación problemática. Por lo tanto, cabe cuestionarse si el derecho al divorcio —ejercido paralelamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad— vulnera el derecho del cónyuge que no se quiere divorciar. ¿Merece una limitación?

A este respecto, la Corte Constitucional se ha manifestado sobre la limitación a los derechos. En particular, lo hizo para argumentar que el matrimonio igualitario no vulnera derechos de las parejas heterosexuales. “Los límites a los derechos tienen sentido cuando afectan el ejercicio de derecho de otros”.[44] Los derechos que son capaces de hacer tal cosa son conocidos como “derechos-poderes”. Son aquellos cuyos titulares los ostentan “de forma excluyente y acumulativa”. Por ejemplo, los derechos patrimoniales, por su naturaleza, pueden fácilmente degenerar en un abusivo poder de mercado o en un monopolio. Es decir, son derechos que pueden progresivamente expandirse, cual bola de nieve, hasta el punto en el que no permiten que un competidor ingrese en el mercado. El legislador, para limitar su poder, exige de ellos considerables sumas en concepto de tributos y mantiene una entidad dedicada únicamente a controlar los posibles abusos. Otro claro ejemplo es el de los derechos políticos. La Constitución consagra el derecho de participación[45], pero no limitarlo sería abrir las puertas a un autoritarismo puro y duro. Para evitarlo, la Constitución limita el período de mandato presidencial, faculta a la Corte Constitucional y a la Asamblea Nacional para revocar un estado de excepción, contempla la figura del juicio político, etc.[46] Estos derechos deben ser limitados para que sus titulares no abusen de ellos restringiendo derechos de terceros.

43 Nathalie Peterka, “El divorcio francés tras la ley de 26 de mayo de 2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Potencias y Comunicaciones*, dir. Carlos Lasarte Álvarez (Madrid, Idadfe, UNED y El Derecho, 2006), 19. Citado en Nelly Minyersky, *El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia,* Pensar en Derecho, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf.

44 Sentencia No. 11-18-CN/19, pág. 35.

45 Artículo 61, Constitución de la República del Ecuador.

46 Sentencia No. 11-18-CN/19, pág. 35.

El derecho a solicitar unilateral e injustificadamente el divorcio no es un derecho-poder. En primer lugar, no lo es porque no es un derecho excluyente. El cónyuge titular de aquel derecho no priva al otro cónyuge de la misma facultad. Ambos, en cualquier momento, podrían decidirlo por sí mismos y el derecho del uno no restringe el del otro. En segundo lugar, no es un derecho-poder porque tampoco es un derecho acumulativo. Es claro ver cómo un derecho patrimonial o político puede ampliarse progresivamente. Estos impiden a terceros ejercer algún tipo de competencia, ya sea en el ámbito político o en un mercado determinado. No sucede lo mismo con el derecho a solicitar el divorcio. Por su naturaleza, este no puede ampliarse gradualmente, y por lo tanto no es un derecho susceptible de acumulación. Al no ser un derecho-poder, la limitación al derecho de solicitar unilateralmente el divorcio no se encuentra justificada.

Por esa razón, con el divorcio incausado no se vulneran derechos del cónyuge que no se quiere divorciar. La titularidad del derecho que ostenta su cónyuge no restringe su titularidad del mismo derecho.

Se dirá que un divorcio unilateral por afecto no correspondido destruye emocionalmente al otro cónyuge. Es un perjuicio real, sin duda. Es muy probable que sus sentimientos hacia esa persona hayan sido muy fuertes. Pero no todo perjuicio encuentra un respaldo en el derecho. De ser el caso, toda relación de noviazgo fallida terminaría en los tribunales. Sus consecuencias serán morales, si se quiere, pero en nada importan, en general, al derecho.

6.2.1.3. Derechos de los hijos en común

El divorcio incausado merece especial cuidado particularmente por los efectos que podría producir en los descendientes menores de edad de la relación. Es menester examinar si los derechos de los hijos o hijas se ven vulnerados por un divorcio incausado.

La importancia del bienestar del niño no está en discusión. A pesar de que la procreación ya dejó de ser uno de los fines del matrimonio,[47] en el caso de que existan descendientes estos revisten de la mayor relevancia para la relación y constituyen el pilar fundamental de la institución matrimonial. Por lo tanto, todo lo que sobre esta institución se regule debe siempre tener en cuenta el interés superior del niño.[48]

Para empezar, es preciso acotar que el divorcio incausado no es una figura

47 Sentencia No. 10-18/CN, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de junio de 2019.

48 A pesar de ser un concepto jurídico indeterminado cuyos alcances no siempre son claros, su extrema importancia no se cuestiona. Ver, Farith Simon Campaña, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (Quito: Ediciones *Iuris Dictio*, 2014), 1.

distinta al divorcio por causales. Los efectos del divorcio son los mismos: se disuelve la sociedad conyugal (de haberla) y desaparecen los derechos, restricciones y obligaciones que surgen del estatus jurídico de cónyuge.[49] Lo nuevo es el camino jurídico que se debe recorrer para su consecución. Por eso, si se considera que el divorcio incausado vulnera derechos de los niños, no hay razón para sostener lo contrario sobre el divorcio por causales. No hay un criterio justificado de diferenciación, pues no son dos tipos de divorcio distintos; son solo dos vías alternas para obtenerlo: la pacífica y la contenciosa.

Y las personas se divorcian de todas maneras. Si se ha roto el vínculo afectivo dentro del hogar y uno de los cónyuges quiere divorciarse, el sistema causalista no lo impedirá. Su abogado creará artificialmente una de las causales. Una artimaña común consiste en solicitarle al cónyuge que abandone el hogar para que se configure la causal de abandono dentro de seis meses. Aunque lo pretenden, las causales no impiden el divorcio. Pero sí lo hacen más largo, conflictivo y doloroso.

Un divorcio incausado no difiere, en cuanto a los hijos se refiere, con el divorcio por causales. Ambos divorcios —en realidad es solo un mismo tipo de divorcio— generan los mismos efectos jurídicos con relación a los hijos. Además, el cónyuge que se quiere divorciar lo hará de todas maneras. El sistema causalista no es verdaderamente un impedimento. Por lo mismo, afirmar que el divorcio incausado es atentatorio contra los derechos de los niños no se sostiene si no se dice lo mismo sobre la institución del divorcio en general (ya sea causado o incausado). Para solucionar el problema que esta postura identifica, sería necesario retrotraerse hasta el año 1903 cuando entró en vigor la Ley de Matrimonio Civil, pero no es un problema que se originaría con el divorcio incausado.

En segundo lugar, lo que sí hace el divorcio por causales es prolongar un conflicto innecesariamente. Los cónyuges se disputan el divorcio ante los estrados, exponiendo sus intimidades ante un juez mientras que su rencor va expandiéndose conforme pasan las etapas procesales.

La Corte Nacional de Justicia conoció un caso en el que el cónyuge demandó el divorcio por adulterio cuando se enteró de que la hija a la que su cónyuge dio a luz no era de él (a pesar de que así lo creía). Para efectos de la sentencia, la Corte transcribió en mayúsculas, mencionando los nombres y apellidos de todos los miembros de la familia, su declaración:

> Sin embargo, desde hace mucho tiempo atrás y particularmente hace unos seis meses atrás […] por versiones de mi propia cónyuge [nombres y apellidos], así como de vecinos, parientes y amigos, se ha venido manifestando que yo no soy

49 Una pequeña diferencia es que en el divorcio por causales existen ciertas sanciones civiles para el cónyuge "infractor". Sin embargo, estas sanciones civiles en nada afectan al niño.

> el padre de la menor, lo que me ha llevado a venir dudando de la paternidad de la niña porque tengo las razones fundadas para ello. (minúsculas son propias).[50]

Es difícil creer que la exhibición de estas confidencialidades tiene como exclusivo fin declarar el divorcio. Es penoso que la menor esté en la mitad de este proceso judicial y se sienta como un artefacto cuya propiedad se disputa. Si lo que prima es el interés superior del niño, sería prudente que el Estado evite —con un divorcio incausado— un proceso judicial de naturaleza tan conflictiva.

Pese al daño que genera un largo proceso judicial combativo, es más perjudicial para un niño "crecer y desarrollarse en un ambiente hostil […] que afecta sensiblemente su proceso de desarrollo y formación".[51] En tal sentido, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que "para los niños y cónyuges puede resultar más benéfico la separación de sus padres y no crecer en un ambiente hostil".[52]

El divorcio incausado no vulnera los derechos de los hijos de la relación. Lo que hace es evitar que sufran innecesariamente involucrándolos en el transcurso de un proceso judicial duelista, además de librarlos de la posibilidad de que crezcan en un entorno doméstico indeseable que atente contra su sano desarrollo.

6.3. Sobre el derecho a la intimidad familiar

Un sistema de divorcio por causales obliga a los cónyuges a exhibir su vida privada. Partiendo de la premisa de que los procesos son públicos en el Ecuador, los cónyuges no exponen sus intimidades solo ante un juez, sino ante toda la sociedad. Además, toda causal que invoquen para divorciarse debe ser probada. Se deberá probar el adulterio, la falta de armonía en el hogar, los tratos crueles, etc. ¿Cómo probar estos hechos tan íntimos de las personas? La dificultad probatoria es evidente. Probar el adulterio, por ejemplo, reviste de una dificultad inexplicable. En la práctica los jueces se han resignado y están dispuestos a contentarse con prueba indiciaria. Sin embargo, el problema es más profundo que la complejidad probatoria. No solo que es difícil probar, sino que también son hechos que no deben requerir prueba alguna.

Esto no significa que todo lo que ocurra dentro del hogar deba ser ajeno al Estado. Hay asuntos domésticos que el Estado debe conocer. Si hay violencia intrafamiliar, por ejemplo, es necesario que el Estado no deje impunes a los agresores y active sus respectivos medios penales de coacción. Es apenas

50 Resolución No. 231-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, 17 de octubre de 2014.

51 Movilla, Divorcio incausado, 53.

52 Sentencia No. C-985/10, Expediente D-8134, Corte Constitucional de Colombia, 2 de diciembre de 2010.

lógico también que, si existen amenazas graves contra la vida del cónyuge, el Estado debe intervenir en protección de las víctimas. La misma lógica aplica para todo el resto de las causales que contengan violencia, tentativa de delitos, tratos crueles, o, en general, todo tipo de conductas punibles. Estos comportamientos no deben quedar en la impunidad.

No obstante, existe una gran diferencia entre hacer averiguaciones domésticas para castigar actos antijurídicos y, por el otro lado, inmiscuirse dentro del hogar para decidir autoritariamente sobre la procedencia del divorcio. Lo primero se justifica porque la impunidad del agresor es indeseada. Lo segundo, en cambio, excede las atribuciones del Estado al pretender enrumbar moralmente a las personas decidiendo por ellas sobre la admisibilidad de su divorcio y sobre el destino de su estado civil. Es invasivo y arbitrario.

La Constitución consagra "el derecho a la intimidad personal y familiar".[53] A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada [o] en la de su familia".[54] El Comité de Derechos Humanos desarrolla este derecho y afirma que cuando el artículo 11 numeral 2 de la CADH se refiere a "injerencias arbitrarias", incluye también a las posibles injerencias que comete la ley.[55] No se limita a aquellas injerencias que únicamente tienen sustento de hecho y no de derecho.

La interconexión entre el derecho a la vida privada e intimidad familiar con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es evidente. En tal sentido, la Corte Constitucional cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para explicar su estrecha relación:

> La protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.[56]

Al respetar el derecho a la intimidad familiar de las personas, se está también permitiendo un adecuado desarrollo de sus personalidades. Es armónico con

53 Artículo 66.20, Constitución de la República del Ecuador.

54 Art. 11.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969.

55 Observación general No. 16 del Comité de Derechos Humanos sobre su 32º período de sesiones, Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 4.

56 Caso I.V. vs. Bolivia, Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 152; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Corte IDH, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 215, párr. 129, párr. 143. Citado en Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 178.

la dignidad de los cónyuges y con el respeto que merecen sus intimidades domésticas.

Así, el divorcio por causales vulnera vehementemente el derecho a la privacidad familiar. La intromisión estatal dentro de la vida íntima de las personas solo es justificada en cuanto tenga como fin castigar delitos o conductas antijurídicas. Pero realizar estas averiguaciones solo para decidir sobre la procedencia del divorcio es autoritario e intrusivo.

Para entender el alcance de estas injerencias, es menester tener presente qué tipo de información es la que los jueces, en un sistema de divorcio por causales, están obligados a conocer. La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, tuvo que utilizar como prueba para un divorcio —cuya causal invocada era la de actitud hostil— que la cónyuge de un chofer se había apoderado del radio de la cooperativa para proferir "expresiones soeces" en contra de su pareja, las cuales lo humillaron gravemente porque tanto los pasajeros como sus colegas conductores las escucharon.[57] ¿En realidad son hechos que el Estado debe conocer?

6.3.1. Pequeña nota sobre el adulterio

El adulterio dejó de ser un delito en el Ecuador en el año 1983.[58] A pesar de esto, todavía tiene efectos jurídicos al ser una de las causales de divorcio. En el año 2015, en Argentina entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC).[59] Fue revolucionario, pues instauró en dicho país un sistema incausado de divorcio. En Argentina, el adulterio ya no tiene consecuencia jurídica alguna.

Es evidente que la fidelidad conyugal es de gran relevancia para una convivencia armoniosa y pacífica. Sin duda, la fidelidad es absolutamente significativa para la sociedad y es un deber moral de la más alta valía. No obstante, autores como Susan Turner Saelzer sostienen que, a pesar de su extrema importancia social, es inadecuado concederle al adulterio consecuencias jurídicas, pues no son más que enunciados netamente morales.[60] Afirma que, con la entrada en vigor del CCyC, el adulterio "subsiste como valor ético o moral en la vida matrimonial, sin perjuicio de que desaparece de la órbita jurídica".[61] Es acertado, pues la simple enunciación de deberes morales excede del objetivo de la ley. La

57 Resolución de recurso de casación, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de marzo de 2006. Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Página 500.

58 El adulterio como delito fue suprimido por el artículo final del Código de Procedimiento Penal, Ley No. 143, Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

59 Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), Ley 26.994 de 1 de agosto de 2015.

60 Susan Turner Saelzer, "Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno", *Revista de Derecho Privado* 35 (Julio 2018): 105-128, https://doi.org/10.18601/01234366.n35.05.

61 Ibíd, 115.

ley no debe normar la moralidad. El adulterio tiene formidables implicaciones ético-morales, pero en nada debe interesar al derecho.

6.4. Sobre el derecho de los individuos a la protección familiar

El artículo 67 de la Constitución manifiesta que no se reconocerá un solo tipo de familia y que el "Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines".[62] ¿Esto significa que el Estado tiene el deber de prolongar el matrimonio a toda costa?

La Corte Nacional de Justicia expresó con claridad que el deber de protección no siempre incluye al deber de prolongación:

> La protección que el Estado debe a la familia […] debe ser entendida como la defensa de un núcleo social que asegure la convivencia en armonía, el bienestar y el desarrollo integral de sus miembros, y aquello implica que el matrimonio no debe perdurar, cuando no cumple con estos fines y resulta atentatorio a la dignidad humana.[63]

La familia, como piedra angular de la sociedad, merece protección estatal. La Constitución en el artículo 67 les reconoce tal derecho a sus integrantes. Pero es preciso cuestionarse cuál es la naturaleza de ese verbo. Por un lado, se puede interpretar forzosamente al artículo como que lo que se debe hacer es mantener el vínculo matrimonial a como diere lugar. Pero por el otro lado, una interpretación sistemática de dicho artículo exige que la protección de la familia sea más que su artificial prolongación. El Estado debe proteger el vínculo matrimonial —como cualquier otra constitución familiar— pero tampoco debe perennizar su degeneración.

Además, la Corte Constitucional colombiana ha sido bastante clara al mencionar que cuando las circunstancias fundacionales del matrimonio han desaparecido, el Estado debe establecer mecanismos eficientes para su terminación:

> El imperativo constitucional en lo que refiere a la protección y promoción de la institución familiar no es la duración del matrimonio —como una de sus formas de constitución—. Es lograr la estabilidad y armonía del grupo familiar, no solo como presupuesto social, sino como condición *sine qua non* para permitir la realización humana y el desarrollo integral de cada uno de sus miembros en un clima de respeto, óptima convivencia y libre expresión de sus sentimientos y emociones.

62 Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador.

63 Resolución No. 018-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, 5 de febrero de 2015.

> Dichos objetivos no se garantizan ni se logran manteniendo vigente el contrato matrimonial, en aquellos casos en los que surgen diferencias, desavenencias o conflictos entre los cónyuges que hacen imposible [...] la convivencia y que perturban la estabilidad familiar.[64]

Como bien han expuesto ambas cortes, el deber de protección a la familia incluye garantizar también su sana y expedita disolución. Prolongar forzosamente una relación malherida es un remedio más dañino que la propia enfermedad.

7. Legislaciones comparadas

El divorcio incausado ya ha sido adoptado por varios países en el mundo. Cada vez, naturalmente, gana terreno en normativas contemporáneas.

7.1. Argentina

El CCyC argentino entró en vigencia en el año 2015. Este cuerpo normativo cambió el paradigma en el divorcio conyugal. Ahora, el CCyC regula un solo tipo de divorcio: el incausado.[65] El capítulo primero del Libro II, que trata sobre las relaciones de familia, se titula "Principios de libertad e igualdad".[66] Desde un inicio, el CCyC proclama a la libertad como uno de los principios rectores en materia familiar.

Para la transformación, varios puntos y argumentos fueron recurrentes. Primero, se cuestionó con alta rigurosidad el rol de cuidado que el Estado debe asumir dentro de la relación familiar. Además, se enfatizó en la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad que un sistema causalista generaba. Asimismo, se hizo hincapié en todos los conflictos que son producto del proceso de este divorcio contencioso.[67]

En ese sentido, los fundamentos del anteproyecto del CCyC argentino mencionaron que "la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso".[68] Por lo tanto, el divorcio incausado también es un intento de apaciguar los problemáticos procesos judiciales de

64 Sentencia C-985/10, párr. 3.

65 Florencia P. Galeazzo. "El nuevo paradigma del divorcio express vs. el divorcio sanción". *Sistema Argentino de Información Jurídica* (Agosto 2016). http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-nuevo-paradigma-divorcio-express-vs-divorcio-sancion-dacf160393-2016-08-10/123456789-0abc-defg3930-61fcanirtcod?&o=4&f=Total%7CFecha/2016/08%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%.

66 Artículos 402 y ss., Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Ley 26.994 de 1 de agosto de 2015.

67 Galeazzo, El nuevo paradigma del divorcio, 16.

68 Comisión Para La Elaboración Del Proyecto De Ley De Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil Y Comercial De La Nación, Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial General de la Nación, 2012, 63.

divorcio. Pretende "colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible".[69]

7.2. España

En España también rige un sistema de divorcio incausado. Desde el año 2005 se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La exposición de motivos anota que adoptar un divorcio incausado protege y promueve la dignidad de los cónyuges. Además, que eso supone "favorecer al libre desarrollo de la personalidad".[70]

La exposición de motivos ha ilustrado otros puntos dignos de consideración. Afirma que perpetuar el conflicto entre los cónyuges con un divorcio contencioso es inconveniente. No solo para los cónyuges, sino también para sus familias que se ven indirectamente incluidas en la disputa. También expone que este sistema causalista, al condicionar el divorcio a la prueba de una causal particular, sacrifica la voluntad de los cónyuges "por razones inaprensibles" a los mismos. La única "causal", en este sistema, es el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, esta exposición de motivos hace hincapié en la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico español. Así pues, el ordenamiento español encontró urgente una reforma que permita reflejar a la libertad en su institución matrimonial.[71]

7.3. México

A partir del 2008, México consagra la figura de divorcio incausado o exprés. No es el único tipo de divorcio en este país, pues también existe el divorcio necesario o el divorcio por mutuo consentimiento. México tiene un particular requisito, y es que el divorcio incausado solo puede ser accionado después de un año de celebrado el contrato matrimonial. El fin de esta disposición es brindar a los cónyuges un período de reflexión para que no tomen la decisión de una manera apresurada.[72]

Dentro de la exposición de motivos y las consideraciones oficiales a esta reforma, se expresa una argumentación concordante con la del resto de ordenamientos. Así, manifiesta que la familia surge por razones naturales, en la que dos personas se unen para emprender un proyecto de vida común. Es por eso, expresan los considerandos, que se trata a estas disposiciones como de orden

69 Ibíd.
70 Exposición de motivos, Ley 15/2005 de 2005 de España [Por la cual se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio]. Referencia BOE-A-2005-11864 de 8 de julio de 2005.
71 Id.
72 Exposición de motivos, Decreto No. 443 [El cual modifica el Código Civil del Estado de México y del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México]. Gaceta Oficial de Gobierno de 3 de mayo de 2012.

público y de interés social. Sin embargo, afirma que no hay razón para ignorar una realidad social en la que el índice de divorcios por falta de armonía doméstica, por situaciones irremediables, es muy elevado.[73] Por lo mismo, consideran que el divorcio es un remedio o una solución para diferencias irreconciliables.

Sostiene también que es la obligación del Estado proteger a la familia. No obstante, que también es la obligación del Estado "velar por el derecho de toda persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar sustentado en la libertad e igualdad".[74]

7.4. Suecia

En Suecia solo existe un tipo de divorcio: el incausado. Si ambos cónyuges están de acuerdo, o solo uno lo está, es indiferente. Es particular porque, en ciertos casos, tiene una limitación temporal: no se puede solicitar el divorcio dentro de los próximos seis meses desde que se verifica alguna de las siguientes condiciones:

a. ambos cónyuges solicitan este período para reflexionar y reconsiderar la decisión;

b. uno de los dos cónyuges vive permanentemente con un hijo propio que es menor de 16 y está bajo su custodia; y

c. solo uno de los cónyuges desea terminar la relación matrimonial.[75]

Lo que queda claro, sin embargo, es que el divorcio no requiere de justificación ni causal alguna. A pesar de exigir el período de reflexión de seis meses, el Estado sueco no interfiere con la vida privada de los cónyuges ni se inmiscuye en situaciones domésticas privadas. Si uno de los cónyuges quiere divorciarse, lo hará.

8. Conclusiones

El divorcio incausado es la mejor respuesta que el Estado ecuatoriano puede adoptar para compatibilizar su régimen familiar con la primacía de la libertad. Varios ordenamientos jurídicos ya han tomado este camino. Un sistema por causales pretende no solo perennizar situaciones irremediables, sino también

---

73 Id.
74 Id., 48.
75 Jeremy D. "Sweden Divorce Requirements". Suiza: The Law Office of Jeremy D. Morley International Family Law. https://bit.ly/33wk7No.

impartir paternalistamente lecciones morales a los cónyuges. Esto excede del papel que al Estado compete protagonizar. Las personas deben poder decidir sobre sus propios asuntos y con mucha mayor razón si son de tal trascendencia como su matrimonio o su respectiva disolución. La felicidad de las personas no debe quedar en manos del Estado.

Es imperativo, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano respete los derechos fundamentales de los individuos en un ambiente en el que prime la voluntad y la autonomía individual. Las personas, incluso en contra de la voluntad de su cónyuge, deben poder escoger el camino que mejor les parezca para sus propias vidas. Deben poder, ante todo, autodeterminarse y escoger el rumbo de las dimensiones más personales e íntimas de su condición humana. De esta manera, el régimen civil matrimonial ecuatoriano será regulado en un entorno de tolerancia, respeto, autonomía individual y libertad. Nada puede ser más urgente que esto.

A pesar de que mucho queda por hacer, este trabajo pretende dar un pequeño paso hacia la modernización del derecho de familia. Es necesario, y es un deber de las personas de hoy, descongelar aquello que ha quedado inmóvil e inerte. Aquello que se volvió insensible a los temporales, al pasar de los años, al sentir de la gente. La sociedad ecuatoriana del siglo XXI dejará de aceptar pasivamente un sistema creado por y para personas que ya no existen, y empezará, cual arquitecta de su porvenir, a adaptar el derecho con base en sus necesidades más urgentes. Es una responsabilidad que debe ser asumida.

USFQ LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 2 • octubre 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador

The limits of popular consultation in Ecuador

Juan Francisco Guerrero del Pozo*

María Victoria Yépez Idrovo**

Recibido / Received: 30/05/2021
Aceptado / Accepted: 30/05/2021
DOI: 10.18272/ulr.v8i2.2324

Citación:
Guerrero del Pozo, J.F., Yépez Idrovo, M.V. «Los límites materiales de la consulta popular en el Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 8, no 2,* octubre de 2021, pp. 183-211, doi: 10.18272/ulr.v8i2.2324.

* Socio en Durini & Guerrero Abogados, Quito 170517, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jfguerrero@dgalegal.com
** Estudiante de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: maria.yepezidrovo@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9355-5758

Resumen
El presente artículo analiza los límites constitucionales de la consulta popular, reconocida en el artículo 104 de la Constitución ecuatoriana. Para ello, primero se examina la importancia de la consulta popular, para luego identificar algunas de sus desventajas, que nos llevan a cuestionar su eficacia para hacer realidad la participación ciudadana. Posteriormente, se justifica la necesidad de realizar una interpretación sistemática de la Constitución para poder determinar el alcance de la consulta popular y se analizan los límites materiales de este mecanismo de participación, sobre la base de una lectura integral del texto constitucional y de una mirada crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Palabras clave
Consulta popular; límites constitucionales; interpretación sistemática; interpretación constitucional; participación ciudadana; control de constitucionalidad

Abstract
This article examines the constitutional limits of popular consultation, which is recognized in article 104 of the Ecuadorian Constitution. In order to do so, this paper first addresses the importance of popular consultation as well as some of its disadvantages, which may question its effectiveness as a true mechanism for citizen participation. Subsequently, this article justifies the need for a systematic interpretation of the Constitution in order to determine the scope of popular consultation and analyzes its limits on the basis of a comprehensive reading of the constitutional text and a critical look at the Constitutional Court's jurisprudence.

Keywords
Popular consultation; constitutional limits; systematic interpretation; constitutional interpretation; citizen participation; constitutional control

1. Introducción

La participación ciudadana es un eje transversal de la Constitución ecuatoriana de 2008 (en adelante CRE). Más allá de reconocer los derechos políticos o "de participación",[1] la CRE enfatiza en la importancia del derecho a participar en asuntos de interés público al señalar que los ciudadanos "participarán de manera protagónica en la toma de decisiones [...]"[2] y al establecer que "[e]n la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades".[3] Además, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que ha establecido que los Estados tienen "la obligación de garantizar medidas positivas, a través de las cuales toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos",[4] la CRE reconoce varios mecanismos de participación ciudadana, entre los cuales se encuentra la consulta popular.

A través de la consulta popular —mecanismo de democracia directa que también estaba prevista en la codificación constitucional de 1998— "quien decide finalmente la cuestión planteada, como soberano, es el pueblo".[5] Al respecto, se ha sostenido que "la consulta popular puede tener efectos importantes en el desenvolvimiento de una democracia participativa" y que representa una oportunidad para "activar mecanismos para contar con información desde múltiples perspectivas, incorporar a todos los potenciales afectados, debatir, participar y pronunciarse mediante el voto de cada individuo".[6]

Pese a la importancia de la consulta popular para el ejercicio del derecho a participar en asuntos de interés público, ni el artículo 104 de la CRE, que regula la consulta popular, ni las demás normas constitucionales referentes a la participación ciudadana, son claras en cuanto a su alcance. Por esta razón, a través de una interpretación asistemática de la Constitución, se podría llegar a sostener que el derecho a participar en asuntos de interés público a través de la consulta popular es absoluto e ilimitado. Esta interpretación ya ha sido desvirtuada por los dictámenes de la Corte Constitucional —particularmente, por los dictámenes de la actual conformación de la Corte— los cuales han procurado establecer ciertos límites a la consulta popular. Sin embargo, entre

1 La Constitución ecuatoriana de 2008 emplea la denominación "derechos de participación" únicamente en el capítulo quinto del título II. En el resto del texto constitucional se utiliza la denominación "derechos políticos". En este artículo, se utilizarán ambas expresiones indistintamente.
2 Artículo 95, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.
3 Id., Artículo 85.
4 Caso Castañeda Gutman vs. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 06 de agosto de 2008, párr. 145.
5 Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 395.
6 Caso No. 1-20-CP, Corte Constitucional del Ecuador, Voto salvado del juez Ramiro Ávila, 21 de febrero de 2020, párr. 6.

los jueces de la Corte todavía existen criterios bastante dispares al respecto, expresados en varios votos salvados y concurrentes.

Ante la falta de certeza en cuanto al alcance y límites de la consulta popular, el presente artículo tiene como objetivo determinar a través de una interpretación sistemática de la CRE, cuáles son los límites constitucionales de este mecanismo de democracia directa. Para ello, se definirá y analizará a la consulta popular en el marco de la participación ciudadana en el Ecuador. Posteriormente, se justificará la necesidad de realizar una interpretación sistemática de la Constitución para establecer los límites de la consulta popular y, tras este ejercicio interpretativo, se concluirá que los límites intrínsecos de este mecanismo de participación son (i) los derechos fundamentales; (ii) el régimen de competencias previsto constitucionalmente; y (iii) los demás mecanismos de participación previstos en la CRE, lo cual incluye a los otros tipos de consulta establecidos en la CRE y al propio contenido de la Constitución, que no podrá ser modificado sino por una enmienda, reforma parcial o Asamblea Constituyente. Finalmente, se reflexionará acerca del rol de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las consultas populares.

2. La consulta popular en la Constitución de 2008: ¿mecanismo para hacer realidad la participación ciudadana?

Previo a analizar si la consulta popular es un mecanismo efectivo de participación ciudadana, es importante definir lo que se debe entender por "participación". Para Juan Pablo Morales, la participación consiste en "el tomar parte en las decisiones del poder que afectan a los ciudadanos y los colectivos en su esfera pública".[7] La Corte IDH, por su parte, ha señalado que:

> [l]a participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individual u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.[8]

De estas definiciones se desprende que la participación ciudadana implica que las personas se involucren —ya sea a través de mecanismos de democracia directa o al elegir a sus representantes— en las decisiones de interés público.[9] La participación ciudadana conlleva, entonces, el ejercicio de los derechos

7 Juan Pablo Morales Viteri, "Los nuevos horizontes de la participación", en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado,* ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 158.

8 Caso Yatama vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de junio de 2005, párr. 196.

9 Esta concepción de participación está recogida en el artículo 1 de la Constitución de 2008, que prescribe que la soberanía radica en el pueblo y "se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa".

políticos[10] que están reconocidos en el artículo 61 de la Constitución y entre los cuales se encuentran tanto el derecho a participar en asuntos de interés público como el derecho a ser consultados.

Uno de los mecanismos previstos en la Constitución para el ejercicio de ambos derechos es la consulta popular, que está reconocida en el artículo 104 de la CRE. Esta puede ser solicitada tanto por la ciudadanía como por el Presidente de la República y los gobiernos autónomos descentralizados[11] y su resultado es "de obligatorio e inmediato cumplimiento".[12] Si bien la CRE utiliza de manera general el término "consulta popular", la Corte Constitucional ha precisado que esta puede ser de tipo referendo —en cuyo caso se consulta acerca de la aprobación de un texto normativo o propuesta normativa específica— o de tipo plebiscito, en cuyo caso se consulta únicamente acerca de un tema de relevancia pública, sin someter a aprobación de la ciudadanía un texto normativo concreto.[13]

Respecto de la consulta popular, la Corte Constitucional ha señalado que ésta es uno de los "espacios de acción ciudadana, cuyo propósito es la participación material de la sociedad, brindando a los ciudadanos la certidumbre de que no serán excluidos del debate sobre asuntos de interés público".[14] De ahí que la consulta popular ha sido y es concebida como uno de los mecanismos de participación más importantes y efectivos dentro de nuestro régimen constitucional. Sin embargo, frente a esta concepción utópica e idealista de la consulta popular, es importante mencionar que esta figura también tiene algunos bemoles, que no siempre permiten que sea un mecanismo idóneo para hacer efectiva la participación ciudadana.

En primer lugar, las consultas populares pueden ser utilizadas exclusivamente para que los gobernantes legitimen sus decisiones, sin que exista un real interés por el pronunciamiento de la ciudadanía. Este fenómeno —que es denominado "populismo plebiscitario" por Hernán Salgado[15]— ha sido muy común a lo largo de la historia. A manera de ejemplo se puede mencionar el plebiscito impulsado por Adolf Hitler para "legitimar" su decisión de anexar Austria *(Anschluss)* en el año 1938. Esta consulta popular fue descrita por Hitler como "un verdadero plebiscito" para decidir sobre el futuro y el destino de

10 Los derechos políticos han sido entendidos como "aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país". Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia y derechos humanos en Venezuela 2009, Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, OEA/Ser.L/V/II, Doc.54, 30 de diciembre de 2009, capítulo II, párr. 18.

11 Adicionalmente, el artículo 407 de la Constitución prevé que, excepcionalmente, la Asamblea Nacional podría convocar a consulta popular si lo estima conveniente en el caso de que sea de interés nacional explotar los recursos no renovables que se encuentran en áreas protegidas y zonas intangibles.

12 Artículo 106, Constitución de la República del Ecuador.

13 Dictamen No. 2-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de junio de 2019, párr. 29.

14 Dictamen No. 1-20-CP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de febrero de 2020, párr. 16-17.

15 Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional,* (Quito: Ediciones Legales S.A., 2012), 112.

Austria. Tras una importante campaña de manipulación mediática —incluso se prohibió a los periódicos utilizar la palabra *ja* (sí) en otro contexto que no fuera para referirse a la consulta popular— el 10 de abril de 1938, el "Sí" al *Anschluss* obtuvo un 99.08% en el "antiguo Reich" (Alemania) y un 99.75% en Austria. [16]

En segundo lugar y en el mismo orden de ideas, la consulta popular puede reducirse a un voto emocional que se fundamente en la confianza —o desconfianza— de las personas en el régimen de turno. Un ejemplo de lo mencionado se encuentra en la consulta popular promovida en el año 1986 por el entonces Presidente de la República León Febres Cordero. En esta consulta popular, se buscaba un pronunciamiento de la ciudadanía acerca de si estaba de acuerdo con que los ciudadanos que no estaban afiliados a un partido político puedan ser elegidos. La campaña en contra de la consulta popular fue "Dile No a León" y, finalmente, el "No" se impuso. Sobre esta consulta, se ha dicho que "[e]l electorado no votó por una tesis", sino que "votó contra un Gobierno",[17] lo cual refleja que —en ciertas ocasiones— la consulta popular puede limitarse a expresar el apoyo o el rechazo al proponente, sin ser un verdadero instrumento mediante el cual la ciudadanía emite un pronunciamiento de fondo sobre un asunto de interés público.

En tercer lugar, también se ha criticado a la consulta popular por considerar que la ciudadanía no está en capacidad de decidir sobre cualquier asunto. Por ejemplo, Rafael Oyarte, recogiendo el criterio de Bobbio, señala que "[c]onsultar aspectos de carácter científico o técnico a la ciudadanía implica someter a decisión popular asuntos que deben ser resueltos por expertos y no por una mera expresión mayoritaria".[18] Esta crítica es quizás matizada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha desarrollado parámetros para que se garantice la libertad del elector,[19] incluso cuando la consulta popular trata asuntos técnicos. Así, la Corte ha señalado que no se garantiza la libertad del elector si la pregunta que se busca someter a consulta popular contiene términos técnicos que no están debidamente contextualizados y explicados para que el elector los comprenda y tome una decisión informada.[20] Por lo tanto, en caso de que los considerandos introductorios no presenten la información básica que el elector requiera para poder decidir libremente incluso acerca de

16 Ian Kershaw, *Hitler. La biografía definitiva* (Barcelona: Ediciones Península, 2010), 547-551.

17 Luis Verdesoto Salgado, "El Ecuador y la propuesta de reforma constitucional de 1986 (La consulta popular de junio. Una respuesta política frente a una cuestión jurídico-constitucional)", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas t.I* ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (México: Universidad Autónoma de México, 1988), 859. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/641/39.pdf

18 Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional,* 395.

19 Dictamen No. 9-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2019, párr. 48: La plena libertad del elector implica que la "presentación [de los textos introductorios, considerandos y preguntas sometidos a consulta popular] debe garantizar el derecho de los electores a formarse una opinión razonablemente objetiva y a expresar libremente esa opinión en el proceso eleccionario".

20 Dictamen No. 7-20-CP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2021, párr. 108.

un asunto técnico, la solicitud de consulta popular no superará el control de constitucionalidad.[21]

De todo lo expuesto se puede concluir que si bien la consulta popular se perfila como un mecanismo de participación muy poderoso que permite que la ciudadanía ejerza su derecho a participar en asuntos de interés público, también debe ser utilizada con mucha cautela, con el fin de no convertirse en una herramienta que sirva exclusivamente para fines políticos. Adicionalmente —y como se profundizará más adelante en este trabajo— se puede observar cómo el control de constitucionalidad al que está llamada a realizar la Corte Constitucional, permite contrarrestar algunos de los bemoles que presenta este importante mecanismo de participación ciudadana.

3. Los límites constitucionales de la consulta popular

3.1 Necesidad de una interpretación sistemática del artículo 104 de la Constitución

Una vez que se ha definido a la consulta popular y se ha hecho hincapié en la importancia de la participación ciudadana en el Ecuador, se determinará el alcance de este mecanismo de participación de acuerdo con la Constitución de 2008.

Como quedó señalado, la consulta popular está reconocida en el artículo 104 de la Constitución. Esta norma prescribe:

> El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.
>
> La **Presidenta o Presidente de la República** dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular **sobre los asuntos que estime convenientes.**
>
> Los **gobiernos autónomos descentralizados**, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular **sobre temas de interés para su jurisdicción.**

21 Pese a la importancia de los considerandos, cabe preguntarse si estos son realmente de conocimiento y acceso de la ciudadanía. En la campaña electoral, no todos los electores se informarán minuciosamente acerca de los considerandos o justificaciones de las preguntas sometidas a consulta. Al momento de sufragar, los votantes tampoco tienen acceso a los considerandos de las preguntas. De hecho, estos suelen ser muy numerosos (en la consulta popular de Cuenca realizada el 7 de febrero de 2021, por ejemplo, fueron 67) y sería poco práctico que cada elector deba recibir toda esta información al momento de votar. Seguramente por estas dificultades y para que la ciudadanía tenga claros los efectos de la consulta popular, la Corte Constitucional, justamente en el caso de la consulta de Cuenca, dispuso que se incluya en el texto del cuestionario que las prohibiciones mencionadas en las preguntas se refieren "a lo indicado en los considerandos 65 y 66" y que cualquier medida adoptada regirá hacia el futuro. Esta aclaración podría haber ayudado a las personas a remitirse a estos considerandos previo a decidir, pero tampoco garantiza totalmente la libertad de los electores ni la toma de decisiones completamente informadas.

> **La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto**. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.
>
> Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial.
>
> Las consultas populares que soliciten **los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país**, salvo lo dispuesto en la Constitución.
>
> En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas (énfasis añadido).

La norma constitucional transcrita le da un amplio alcance a la consulta popular. En el caso de la iniciativa ciudadana, por ejemplo, parece claro que se buscó favorecer el ejercicio de los derechos de participación al establecer que se podrá consultar sobre "cualquier asunto". De acuerdo con esta norma, parecería que los únicos límites claros a la consulta popular son los asuntos tributarios y la organización político administrativa del país, en el caso de las consultas promovidas por los gobiernos autónomos descentralizados y la ciudadanía, y el control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, en todos los casos.

Sin embargo, interpretar y determinar el alcance del artículo 104 de la CRE de manera aislada y con base exclusivamente en el método de interpretación literal es insuficiente. ¿Cuál es, realmente, el alcance de la expresión "cualquier asunto"? ¿Existen otras disposiciones dentro del texto constitucional que representan límites para la consulta popular? ¿Qué temas pueden ser considerados "de interés" para la jurisdicción de los gobiernos autónomos descentralizados? Son las respuestas a estas preguntas las que, en nuestro criterio, marcan los límites de la consulta popular, que deberán ser tomados en consideración por la Corte Constitucional al realizar el control previo de constitucionalidad de las solicitudes de consulta popular.

Ahora bien, para dar una respuesta a las interrogantes planteadas y determinar el alcance del artículo 104 de la Constitución, es fundamental recurrir a una interpretación sistemática, es decir, a un análisis integral del texto constitucional. Este método de interpretación, que implica que ninguna norma constitucional debe quedar vacía de contenido, está previsto en el artículo 427 de la CRE y, junto al método gramatical o literal, es al que el intérprete debe recurrir en un primer momento. Solo en caso de duda, según el mismo artícu-

lo 427, se podrá recurrir a otros métodos de interpretación, como el principio *pro homine* o el método teleológico.[22]

En el caso de la consulta popular, la propia Corte Constitucional ha reconocido la necesidad de realizar una interpretación sistemática del artículo 104 de la Constitución. Al referirse al alcance de la expresión "cualquier asunto" contenida en dicha norma, la Corte ha señalado lo siguiente:

> **[L]a Constitución de la República debe ser leída y aplicada de manera sistemática, pues el sentido de las normas de la Constitución tendrá que ajustarse a la integralidad de su texto.**
>
> Bajo estas consideraciones, **si bien es cierto que el artículo 104 de la Constitución de la República, en su parte pertinente dispone, que: *"La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto",* aquello no significa que esta potestad sea absoluta y,** al contrario, **encuentra sus límites en el propio texto constitucional, por lo que se requiere una lectura integral y sistemática de la Norma Fundamental para comprender los casos en los cuales la consulta popular prevista en el artículo 104, no procede** (énfasis añadido).[23]

En similar sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que los límites a la consulta popular —que deberán ser analizados al realizar el control previo de constitucionalidad de las consultas populares— "pueden estar contenidos **en el propio texto constitucional** o en otras fuentes que se integran a la Constitución a través del bloque de constitucionalidad" (énfasis añadido).[24]

De lo expuesto queda claro que el artículo 104 de la Constitución no puede ser leído de manera aislada, sino que debe guardar armonía con el resto del texto constitucional, y que la consulta popular tiene ciertos límites que se desprenden de la propia CRE. Es sobre la base de esta interpretación sistemática de la Constitución que, a continuación, se analizarán los límites que consideramos intrínsecos a la consulta popular: (i) los derechos fundamentales; (ii) el régimen de competencias previsto constitucionalmente; y, (iii) los otros procedimientos previstos en la CRE, lo cual incluye a los otros tipos de consulta establecidos en la CRE y al propio contenido de la Constitución, que no podrá ser modificado sino por una enmienda, reforma parcial o Asamblea Constituyente.

22 Art. 427.- "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".

23 Dictamen No. 6-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de agosto de 2019, párr. 29-30.

24 Dictamen No. 4-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de agosto de 2019, párr. 12.

3.2 Los derechos fundamentales: un límite instrínseco a la regla de la mayoría

Es muy común escuchar que "los derechos fundamentales no se consultan". Esta afirmación encuentra su sustento en el concepto mismo de "derechos fundamentales",[25] los cuales se derivan de la dignidad humana y, por lo tanto, son inalienables, irrenunciables y están fuera del alcance de cualquier autoridad pública y de cualquier persona en general. En ese sentido, el juez Alí Lozada, en su voto concurrente dentro del caso No. 73-09-IN/21, señaló que "[n]o todo derecho subjetivo es un derecho fundamental", pues estos "envuelven bienes morales básicos de los que no puede privarse a los individuos o colectivos".[26] Asimismo, la Corte Constitucional ha sido clara en cuanto a que los derechos fundamentales tienen su fuente en la dignidad humana, al establecer que "[n]uestra Constitución reconoce, desde su preámbulo, el respeto por la dignidad de las personas y colectividades" y que "[e]n tal sentido, el artículo 11 numeral 7 es claro al señalar que los derechos se derivan de la dignidad de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades" y son "límites al poder del Estado, que está llamado a respetarlos y protegerlos".[27] Dado que los derechos fundamentales preexisten al Estado, son límites al poder y se derivan de la dignidad humana, es claro que no pueden ser anulados por el Estado, ni tampoco por la ciudadanía a través de una consulta popular.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional e interamericana ha sido consistente en cuanto a que la protección de los derechos fundamentales constituye un límite intrínseco a lo que puede ser objeto de decisión de una mayoría y, por lo tanto, materia de una consulta popular. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que:

> **[E]n un Estado constitucional, la democracia no puede entenderse basada únicamente en la regla de la mayoría, sino que, más bien, los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del proceso político democrático.** Si aquellos no se respetan, la democracia puede acabar por devorarse a sí misma: usando un ejemplo exagerado pero ilustrativo, imaginemos una sociedad en la que la mayoría de individuos decide, por votación, privar del derecho al voto a los individuos de la minoría (énfasis añadido).[28]

En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que "la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías,

25 A lo largo de este trabajo, se utilizarán las expresiones "derechos fundamentales" y "derechos constitucionales" como sinónimos. Sin perjuicio de ello, nos parece más apropiada la denominación "derechos fundamentales", pues esta no hace referencia al listado de derechos contenido en un texto particular, sino a los derechos que se derivan de la dignidad humana.

26 Caso No. 73-09-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 03 de marzo de 2021, Voto concurrente del juez Alí Lozada Prado, párr. 3.

27 Sentencia No. 282-13-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 04 de septiembre de 2019, párr. 30. En similar sentido, ver Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional,* 63-64.

28 Dictamen No. 11-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 04 de diciembre de 2019, párr. 20.2.

es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas".[29]

De lo mencionado queda claro que la participación democrática en ningún caso puede entenderse como absoluta, pues siempre encontrará sus límites en los derechos fundamentales de las personas. El control previo de constitucionalidad de las consultas populares que realiza la Corte Constitucional es justamente un mecanismo para velar por el respeto de este límite a la consulta popular.[30] Por ello, la Corte ha señalado que este organismo "tiene la última palabra" para proteger los derechos fundamentales —incluso si sus fallos "van en contravía de lo que la mayoría democrática podría opinar"[31]— lo cual evidencia que el control de constitucionalidad es un mecanismo contramayoritario que busca proteger los derechos de las minorías frente a la decisión de la mayoría. De no ser así —y si no existieran mecanismos como el control de constitucionalidad de las consultas populares para controlar que estas no menoscaben los derechos fundamentales— podría existir una democracia plebiscitaria, en la que "el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso",[32] incluyendo las vulneraciones a los derechos de las personas.

3.2.1 Alcance del límite a la consulta popular marcado por los derechos fundamentales

Sin perjuicio de lo señalado, cabe mencionar que existe una discusión sobre el alcance del límite que imponen los derechos a la consulta popular. Respecto de la posibilidad de realizar consultas populares sobre derechos constitucionales, es interesante mencionar el criterio del juez Ramiro Ávila expresado en su voto salvado dentro del caso No. 1-20-CP:

> La Constitución, en el artículo 104, establece que *"La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto"*. Desde una primera lectura, la Constitución permite consultar a la ciudadanía sobre cualquier tema. Sin embargo **uno de los límites para permitir una consulta popular es la restricción, limitación o anulación de derechos. Se suele decir, y con mucha razón, que el reconocimiento de los derechos no se consulta. Efectivamente, en algunos casos, como los que tienen que ver con prohibiciones del tipo no permitir la**

29 Caso Gelman vs. Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2005, párr. 239.

30 Por ejemplo, frente a una solicitud de consulta popular que incluía aspectos como la inclusión de la pena de muerte y de la cadena perpetua para ciertos delitos —y que contenía términos despectivos respecto de las personas que cometieran dichos delitos—, la Corte Constitucional señaló que: "**Esta Corte Constitucional recuerda que su función frente a las propuestas de consultas populares, precisamente, es garantizar que las personas no menoscaben el orden constitucional y, por tanto, protejan los derechos de la ciudadanía**" (énfasis añadido). Dictamen No. 14-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 07 de noviembre de 2019, párr. 21.

31 Dictamen No. 11-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 04 de diciembre de 2019, párr. 20.1.

32 Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo* (Madrid: Editorial Trotta, 2010), 25, citado en Esteban Javier Polo Pazmiño, "El ámbito del control constitucional sobre la convocatoria a consulta popular en el Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional* Año II, no.2 (Abril 2018): 78.

> **pena de muerte, la tortura, la discriminación, la sanción sin debido proceso, la consulta es absolutamente vedada.** Algún día, cuando tomemos en serio los derechos de la naturaleza y las protecciones jurídicas sean eficaces, ojalá podamos poner a los derechos de la naturaleza en **esta categoría de derechos que no se pueden consultar porque está prohibida su vulneración.**
>
> **Hay otros casos en los que ciertos derechos tienen un margen de apreciación para su aplicación y que pueden admitir restricciones justificadas**, entre los que están los **derechos patrimoniales** (que si no se limitan llegan a la exclusión injustificada), **ciertos derechos de participación** (que si no se limitan llegan al autoritarismo) y los **derechos de libertad relacionados con el mercado** (que si no se limitan llegan al monopolio u oligopolio). **En estos casos cabe la ponderación, la libertad de configuración legislativa y evidentemente la consulta popular** (énfasis añadido).[33]

Esta posición, si bien reconoce que los derechos constituyen límites a lo que puede ser objeto de una consulta popular, sostiene, a su vez, que este límite no siempre es aplicable. En este sentido, el citado juez realiza una distinción entre los derechos que podrían, o no, ser materia de una consulta popular y considera que ciertos derechos, como los "de libertad relacionados con el mercado", sí podrían ser restringidos a través de este mecanismo de participación. Esta categorización de derechos es cuestionable, pues todos los derechos reconocidos en la Constitución son de igual jerarquía, independientemente de si, por ejemplo, algunos tienen implicaciones patrimoniales.[34] Por lo tanto, la CRE impide que el límite que los derechos imponen a la consulta popular esté marcado por la "clase" o "categoría" de derecho de que se trate, como lo ha sostenido el juez Ávila.

En nuestro criterio, aquello que determinará tanto el alcance de la libertad de configuración legislativa como de la consulta popular, es el contenido esencial de los derechos. Por lo tanto, consideramos que se podrá regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales a través de una consulta popular siempre que no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión.[35] Para desarrollar esta tesis, analizaremos (i) el concepto de "contenido esencial" de los derechos; (ii) cómo este concepto impone un límite a la libertad de configuración legislativa; y (iii) por qué consideramos que este límite es igualmente aplicable a la consulta popular.

33 Dictamen No. 1-20-CP/20, Corte Constitucional del Ecuador, Voto salvado del juez Ramiro Ávila, 21 de febrero de 2020, párr. 3-4.

34 Artículo 11 numeral 6, Constitución de la República del Ecuador.

35 No coincidimos con el juez Ávila en cuanto a que la consulta popular puede establecer "restricciones justificadas" a los derechos fundamentales, pues la Corte Constitucional ha señalado que una restricción es siempre una limitación injustificada a un derecho o garantía. Al respecto, ver Dictamen No. 4-19-RC/19, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de agosto de 2019, párr. 14-15. Por ello, nos referiremos a las "limitaciones justificadas" al ejercicio de los derechos o a la "regulación" del ejercicio de los derechos.

Respecto de la definición de "contenido esencial" de los derechos fundamentales, Parejo Alfonso señala que este "no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque solo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere".[36] También se ha sostenido que el contenido o núcleo esencial de los derechos —metafóricamente hablando— consiste en "aquella parte [del derecho] que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica, y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría".[37] De ambas definiciones se desprende que el contenido esencial de los derechos (i) es aquello que permite reconocer a un derecho fundamental como tal y (ii) no puede ser alterado, so pena de desnaturalizar al derecho. Por ello, se ha afirmado que el contenido esencial es una barrera al poder del legislador para limitar los derechos[38] que, de ser superada, implica la anulación y desnaturalización del derecho.[39]

A diferencia de la jurisprudencia comparada,[40] la Corte Constitucional ecuatoriana no ha desarrollado líneas jurisprudenciales sólidas en torno al concepto de "contenido esencial" de los derechos.[41] A pesar de ello, al analizar los principios contenidos en los numerales 4 y 8 del artículo 11 de la Constitución,[42] la Corte Constitucional sí ha señalado que:

> De acuerdo con ambos principios, el estatus de protección que brindan los derechos reconocidos en la Norma Suprema no puede estar sujeto a limitaciones sin una justificación que esté basada en la satisfacción de otro derecho constitucional, y que se lo haga en razón de la proporcionalidad,

36 Luciano José Parejo Alfonso, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. 1 Núm. 3 (Septiembre-diciembre 1981), 180.

37 Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 232.

38 Humberto Nogueira Alcalá, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Ius et Praxis* Vol. 11 no. 2. (2005), 15-64. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002

39 Sobre cómo determinar el contenido esencial de los derechos, se han desarrollado algunas teorías, cuyo análisis escapa el alcance de este trabajo. Al respecto, ver Humberto Nogueira Alcalá, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", 15-64. Para un análisis del caso ecuatoriano, es recomendable ver Sebastián López Hidalgo, "Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 41 (Julio-diciembre 2019).

40 Ver, por ejemplo, Sentencia No. T-426/92, Corte Constitucional de Colombia, 24 de junio de 1992. Asimismo, ver la jurisprudencia española desarrollada a partir de la Sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional de España, de fecha 08 de abril de 1981.

41 Respecto de algunos criterios que la Corte Constitucional ha emitido acerca del contenido o núcleo esencial de los derechos, ver Sentencia No. 009-10-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de septiembre del 2010, p. 33. En esta sentencia, la Corte se refirió al núcleo esencial del derecho al trabajo. Ver también Sentencia No. 012-09-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de julio de 2009, p. 19-21; Sentencia No. 036-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de febrero de 2015, p. 8; y, Sentencia No. 002-18-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de marzo de 2018, p. 64.

42 El artículo 11 numeral 4 de la CRE prescribe que "ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". El numeral 8 del artículo 11 establece que "será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

> **sin llegar al extremo de desnaturalizar el contenido del derecho limitado** (énfasis añadido).[43]

Asimismo, la Corte ha establecido que la libertad de configuración legislativa no es absoluta, pues debe "circunscribirse a determinar aspectos de la esfera de la legalidad"[44] y ejercerse "en respeto a los derechos constitucionales de las personas, **no siendo posible que estos sean vaciados de contenido**" (énfasis añadido).[45] Por su parte, Hernán Salgado ha sostenido que puede regularse y limitarse el ejercicio de los derechos, mas no se puede restringir su contenido, pues aquello "significaría desnaturalizar la esencia misma del derecho humano".[46] De lo señalado, queda claro que el legislador tiene libertad para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, siempre que dicha limitación sea proporcional.[47] Sin embargo, cualquier actuación del legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales tendrá su límite en el contenido esencial del derecho, de manera que este no sea anulado ni desnaturalizado.

Previo a determinar si este límite a la libertad de configuración legislativa es aplicable también a la consulta popular, es necesario analizar si una consulta popular puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales, considerando que la CRE prevé una reserva de ley orgánica[48] para el efecto.

En nuestro criterio, los temas que deben ser regulados a través de ley orgánica, no están excluidos de una eventual consulta popular, por las siguientes razones: (i) la esencia del principio de reserva legal está garantizada mediante la consulta popular y (ii) en todo caso —y ante la falta de un pronunciamiento concluyente por parte de la Corte Constitucional— no cabe realizar una interpretación restrictiva, que dada la amplitud de materias contenidas en las reservas legales previstas en la CRE, le restaría eficacia a la consulta popular.

Uno de los argumentos que sustenta la reserva de ley para la regulación y limitación de derechos y que fue empleado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-6/86, es que además de que una ley representa la voluntad popular, el procedimiento legislativo "permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente".[49] La Corte Constitucional, por su parte, ha sosteni-

43 Sentencia No. 006-15-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de mayo de 2015, p. 16. Este fallo fue citado en la Sentencia No. 7-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 07 de abril de 2021, párr. 28.
44 Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021, párr.100.
45 Ibid., párr. 104.
46 Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional,* 72.
47 Para ello, se deberá recurrir al principio de proporcionalidad, recogido en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC).
48 Artículo 133 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador.
49 Opinión Consultiva OC-6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, párr. 22.

do que el principio de reserva de ley permite "definir y regular las materias de especial importancia a través de debates plurales y transparentes dotados de legitimidad".[50] La CRE ha buscado reforzar estos elementos característicos de la reserva legal en el caso de la regulación de los derechos y garantías constitucionales al establecer una reserva de ley orgánica, que requiere de un procedimiento, en teoría,[51] más riguroso (mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional) para su aprobación, derogación, reforma e interpretación.[52]

Si bien es cierto que la consulta popular no genera, al menos formalmente, el grado de debate y deliberación democrática que sí conlleva el procedimiento legislativo y puede estar sujeta a las desventajas que se identificaron al inicio de este artículo, lo que busca resguardar la reserva legal, según los criterios expuestos, es la representación de la voluntad popular y la protección de los derechos de las minorías. En el caso de las consultas populares, es evidente que la primera exigencia se cumple, pues el pueblo se pronunciaría directamente, sin necesidad de la intervención del órgano representativo. De hecho, cabe recalcar que de acuerdo con el artículo 106 de la CRE, la consulta popular se aprueba con la mayoría absoluta de los votos válidos,[53] por lo que también se cumple el requisito de respaldo y legitimidad de la decisión que busca la reserva de ley orgánica. En cuanto a la protección de los derechos de las minorías, esta es garantizada, como se señaló anteriormente, a través del control previo de constitucionalidad de las solicitudes de consulta popular que realiza la Corte Constitucional. Por lo tanto, tampoco desde este punto de vista cabría sostener, de manera categórica, que no se puede regular el ejercicio de los derechos y garantías a través de una consulta popular.

Por otro lado, es importante recalcar que la CRE, así como establece una reserva de ley orgánica, también contempla la posibilidad de que la ciudadanía convoque a consulta popular "sobre cualquier asunto", lo cual abarca tanto la aprobación de un texto normativo o propuesta normativa cuando la consulta es de tipo referendo, como la necesidad de legislar sobre una determinada materia cuando se trata de un plebiscito.[54] Sostener que la reserva de ley orgánica impide *per se* que se regule el ejercicio de los derechos a través de una consulta popular —sin que la Constitución excluya expresamente dicha materia del alcance de la consulta popular, como sí lo hace en el caso de asuntos tributarios, por ejemplo— implicaría realizar una interpretación restrictiva en cuanto al

50 Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de agosto de 2014, p. 40.
51 En el Ecuador, tal rigurosidad se ha desvanecido, pues, de acuerdo con el artículo 9 numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la ley ordinaria requiere la misma mayoría.
52 Artículo 133, Constitución de la República del Ecuador.
53 Artículo 106, Constitución de la República del Ecuador. Sin embargo, el artículo 198 del Código de la Democracia prescribe que "para la aprobación de un asunto en referéndum o consulta popular se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos".
54 Dictamen No. 2-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de junio de 2019, párr. 29.

alcance de la consulta popular. Esta interpretación contraviene el principio *pro homine,* reconocido en el artículo 11 numeral 5 de la CRE así como en el artículo 427, que lo recoge como método de interpretación que debe aplicarse en caso de duda sobre el alcance de una norma constitucional.

Justamente existe duda sobre el alcance de la reserva legal y la consulta popular porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido clara respecto de la relación entre ambas figuras. En un dictamen del año 2019, la Corte estableció que la consulta popular no puede servir para eludir el procedimiento establecido para la iniciativa popular normativa,[55] es decir, para eludir el procedimiento previsto para que la ciudadanía proponga la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas.[56] En cambio, en un dictamen del año 2021 la Corte señaló que la existencia de la iniciativa popular normativa no impide *per se* que se sometan reformas legales a consideración de la ciudadanía mediante una consulta popular.[57] Sin embargo, en este mismo dictamen del año 2021, al analizar la posibilidad de realizar una consulta popular sobre asuntos penales, la Corte señaló que el hecho de que "la consulta popular no permite el debate en sede parlamentaria […] puede incidir en la constitucionalidad de utilizar este mecanismo para la adopción de nuevos tipos penales o el aumento de las penas previstas para los tipos ya existentes".[58] Este criterio —fundamentado en la falta de debate parlamentario en la consulta popular— es bastante amplio y podría llevar a que se excluya del ámbito de la consulta popular a todas aquellas materias incluidas en la reserva de ley, sin que exista una exclusión constitucional expresa en ese sentido —como sí existe en el caso de otras materias— restándole eficacia a la consulta popular.

Pese a la falta de claridad por parte de la jurisprudencia constitucional, consideramos que, por los argumentos expuestos, la existencia de la reserva de ley orgánica no excluye la posibilidad de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, vía una consulta popular. Al igual que en el caso de la libertad de configuración legislativa, el contenido esencial de los derechos fundamentales marcará el límite de lo que podrá ser objeto de pronunciamiento por parte de la ciudadanía. En todos los casos, le corresponderá a la Corte Constitucional realizar un estricto control de constitucionalidad de las solicitudes de consulta popular, mediante el cual examine el fondo de las preguntas y verifique que estas no anulen el contenido de un derecho fundamental.

55 Dictamen No. 12-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de septiembre de 2019, párr. 23 b).
56 Artículo 103, Constitución de la República del Ecuador.
57 Dictamen No. 7-20-CP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2021, párr. 194.
58 Ibid., párr. 42.

3.3 La consulta popular debe respetar el régimen de competencias previsto en la Constitución

De acuerdo con el artículo 104 de la CRE, los gobiernos autónomos descentralizados están facultados para convocar a consulta popular "sobre temas de interés para su jurisdicción". Para guardar armonía con el resto del texto constitucional, esta frase debe ser interpretada de manera que se respete el régimen de competencias establecido en la Constitución,[59] mediante el cual la CRE asigna competencias exclusivas y excluyentes a cada nivel de gobierno.

Al respecto, Rafael Oyarte señala que con el régimen de competencias "se excluye que se consulte a nivel seccional asuntos que superen los intereses de esa sección territorial, esto es, que atinjan a otras localidades o que sean de interés nacional",[60] pues, en ese caso, se estaría excluyendo injustificadamente a un grupo de personas de un proceso democrático en el que tienen derecho a pronunciarse. De la misma manera, se excluye que un asunto de competencia exclusiva de un gobierno autónomo descentralizado pueda ser sometido a decisión de todo el país, pues, además de ser inoficioso, los pobladores del resto del país no tienen derecho a pronunciarse sobre un asunto que, por disposición constitucional, no les compete.

Cabe señalar también que este límite a la consulta popular ha sido reconocido a nivel internacional, pues la jurisprudencia comparada ha señalado que, si bien "dentro del marco de la democracia participativa, la consulta popular es un mecanismo idóneo para que la ciudadanía decida, a través de una respuesta afirmativa o negativa, sobre asuntos nacionales, departamentales, municipales, distritales o locales", "dependiendo del nivel a tratar, **la consulta se encuentra limitada por el reparto de competencias establecidas en la Constitución y en la Ley"** (énfasis añadido).[61]

Ahora bien, pese a que el régimen de competencias impone un límite claro al alcance territorial y material de las consultas populares, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido bastante flexible en cómo ha entendido los "temas de interés para su jurisdicción" en el contexto de los gobiernos autónomos descentralizados. En el dictamen No. 6-20-CP/20, en el que analizó la constitucionalidad de la solicitud de consulta popular propuesta por el Concejo Municipal de Cuenca sobre la prohibición de actividades mineras a gran y mediana escala en cinco zonas de recarga hídrica de dicho cantón, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

59 El régimen de competencias está previsto en el capítulo cuarto del título V de la Constitución, referente a la organización territorial del Estado.

60 Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional,* 436.

61 Sentencia No. SU095/18, Corte Constitucional de Colombia, 11 de octubre de 2018.

> [S]e debe empezar precisando que de conformidad con el inciso tercero del artículo 104 de la CRE, cuando una consulta proviene de la iniciativa de los GADs esta puede versar "*sobre temas de interés para su jurisdicción*". Así, **este Organismo constitucional ha señalado que los temas de interés para la jurisdicción tienen un espectro amplio, pues su restricción a temas "*que sean de competencia del correspondiente nivel de gobierno*" introducida en la reforma constitucional del 2015, fue declarada inconstitucional** y no se halla vigente (énfasis añadido).[62]

Llama la atención que el argumento que la Corte emplea para realizar una interpretación amplia de la frase "sobre los temas de interés para su jurisdicción" sea la inconstitucionalidad de la frase "que sean de competencia del correspondiente nivel de gobierno", declarada en la sentencia No. 018-18-SIN-CC, pues dicha inconstitucionalidad fue declarada exclusivamente por la forma en la tramitación de las enmiendas constitucionales del año 2015.[63] Por lo tanto, la Corte Constitucional nunca determinó —como se alegó en una de las demandas de inconstitucionalidad presentadas[64]— que se restringen los derechos a ser consultados y a participar en asuntos de interés público al exigir que los temas sometidos a consulta popular por parte de los gobiernos autónomos descentralizados sean de su competencia. Simplemente parecería ser que, al añadir esta frase, se reconoció de forma expresa un límite a la consulta popular que ya se encontraba implícito en el texto constitucional.

Por otro lado, la Corte Constitucional también ha considerado que el artículo 260 de la Constitución justifica una interpretación amplia de la frase "temas de interés para la jurisdicción" de los gobiernos autónomos descentralizados, al señalar que:

> Esta iniciativa de participación de las comunidades locales mediante la consulta popular puede provenir no solo de la propia ciudadanía, sino también de los gobiernos autónomos descentralizados, **sobre temas de interés para su jurisdicción, sin que ello signifique automáticamente violar las competencias del Estado central.** En efecto, la Constitución expresa y claramente determina en su **artículo 260** que "*el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboracion y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno*" (énfasis añadido).[65]

En este contexto y refiriéndose a las consultas populares en materia de minería, la Corte consideró que "existen competencias relacionadas y actividades de colaboración y complementariedad de los gobiernos autónomos descentralizados que necesariamente inciden sobre la gestión de los recursos minerales

62 Dictamen No. 6-20-CP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de septiembre de 2020, párr. 53.
63 Sentencia No. 018-18-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de agosto de 2018.
64 Ver la demanda presentada dentro del caso No. 0099-15-IN, resumida en las páginas 19-21 de la sentencia No. 018-18-SIN-CC.
65 Dictamen No. 9-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2019, párr. 41.

por parte del Estado central".[66] Este fue uno de los argumentos para que la Corte admita la posibilidad de realizar consultas populares locales sobre asuntos de interés nacional y de competencia exclusiva del gobierno central, como lo son los recursos naturales no renovables, entre los cuales se encuentran los minerales.[67]

Una interpretación sistemática de la Constitución exige que el artículo 260 de la Constitución no pueda ser interpretado de manera que vacíe de contenido las normas que asignan competencias exclusivas a cada nivel de gobierno. Para comprender el alcance de esta norma, entonces, es necesario recurrir a las definiciones de "gestión" y "complementariedad" a las que se refiere el artículo 260, y que están establecidas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD).

Respecto de la gestión, el inciso final del artículo 116 del COOTAD señala que esta consiste en "la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos".[68] El "ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos" a la que se refiere el artículo 260 de la CRE, entonces, implica que los diferentes niveles de gobierno puedan coordinar acciones en torno a la prestación, administración y financiamiento de un servicio público, con el fin de garantizar la mayor satisfacción posible de los usuarios del servicio. Respecto de la complementariedad, el artículo 3 letras c) y e) del COOTAD prescribe que se incentiva la coordinación y el trabajo complementario y articulado entre los diferentes niveles de gobierno, con el fin de promover el ejercicio de los derechos de las personas y el buen vivir, siempre "en el marco de las competencias exclusivas y concurrentes de cada uno de ellos".[69] Así, incluso en aquello que requiera una gestión complementaria entre los diferentes niveles de gobierno y que, por lo tanto, ya no sería solamente de interés de uno de ellos, el ámbito de dicha gestión estaría limitada por la existencia de las competencias exclusivas establecidas en la Constitución, las cuales bajo ningún concepto podrían ser desconocidas o anuladas.

En el caso de la consulta popular sobre temas mineros a la que se hizo referencia, la propuesta de consulta popular ni siquiera se orientaba —ni justificaba la existencia— de una actividad que requiera de complementariedad o de una gestión concurrente por parte de distintos niveles de gobierno. Al contrario, se enfocaba en el derecho a participar en asuntos de interés público y solicitaba que se incluya una nueva prohibición a la realización de actividades mineras, exclusivamente en la provincia del Azuay,[70] lo cual, en nuestro criterio, desconoce abiertamente el régimen de competencias, según el cual los recursos

66 Ibid., párr. 43.
67 Artículo 261, Constitución de la República del Ecuador.
68 Artículo 116, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización [COOTAD]. R.O. Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.
69 Id., Artículo 3 letra c).
70 Dictamen No. 9-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2019, párr. 7.

naturales no renovables son competencia exclusiva del Estado central y pertenecen a todo el Estado ecuatoriano.[71]

En el dictamen No. 6-20-CP/20, a pesar de que la Corte Constitucional se refirió expresamente al régimen de competencias, llama la atención que no lo analizó como un factor que incide en la constitucionalidad de las preguntas, sino en la constitucionalidad de las "medidas a adoptar" una vez que la consulta popular ha sido realizada.[72] Coincidimos con la Corte en que no cabe duda de que si la implementación del resultado de una consulta popular requiere de la intervención de distintos niveles de gobierno, estos deberán actuar en el marco de sus competencias y de forma complementaria. Aquello, sin embargo, implicaría un control *ex post* de las "medidas a adoptar", lo cual es distinto del control previo de constitucionalidad, que debería tener por objeto determinar si el asunto o materia sometido a consideración de una determinada circunscripción territorial es competencia exclusiva de dicho nivel de gobierno. En nuestro criterio, la complementariedad prevista constitucionalmente —que debe existir entre todos los niveles de gobierno— no implica que un nivel de gobierno pueda asumir una competencia que por disposición constitucional le corresponde a otro. Simplemente podría colaborar en la ejecución de la decisión adoptada por el nivel de gobierno competente, siempre en armonía con las competencias que le han sido constitucionalmente otorgadas.

En definitiva, con el fin de evitar la exclusión injustificada de ciertas personas o grupos de personas del proceso democrático, es muy importante que las consultas populares locales se limiten a aquello que es competencia del correspondiente nivel de gobierno. Ello no implica que no existan ciertas circunstancias en que se requiera de una gestión concurrente y complementaria entre los diferentes niveles de gobierno, pero aquello deberá ser cuidadosamente evaluado por la Corte Constitucional a través del control de constitucionalidad, bajo los términos del COOTAD y sobre la base del régimen de competencias establecido en la CRE.

Finalmente, es importante aclarar que este respeto al régimen de competencias no significa que este no pueda ser modificado mediante una enmienda constitucional, que puede ser realizada mediante referéndum, conforme el artículo 441 numeral 1 de la Constitución. Sin embargo, mientras aquello no ocurra, la existencia de competencias exclusivas establecidas en la Constitución marca un claro límite territorial y material a las consultas populares.

71 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador.

72 "[E]n este plebiscito, para que las medidas a adoptarse, en caso de obtener un resultado positivo, sean constitucionales deben estar enmarcadas en el ámbito competencial de cada nivel de gobierno […] y su implementación debe efectuarse de forma coordinada y complementaria, observando también lo prescrito en el artículo 425 de la CRE, que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas". Dictamen No. 6-20-CP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de septiembre de 2020, párr. 68.

3.4 La consulta popular no puede reemplazar otros procedimientos establecidos en la Constitución ni modificar el texto constitucional

Otros límites que consideramos intrínsecos de la consulta popular son los demás tipos de consulta previstos en la Constitución y el propio contenido de la CRE, que no podrá ser modificado sino por los procedimientos de modificación constitucional previstos en la misma Constitución. A continuación, nos referiremos a cada uno de estos límites.

3.4.1 La consulta popular no puede reemplazar a los otros tipos de consulta previstos en la Constitución

La consulta popular no es el único tipo de consulta previsto en la Constitución, pues la CRE reconoce también a la consulta previa, a la consulta prelegislativa y a la consulta ambiental. Para determinar el alcance de los otros tipos de consulta, analizaremos cada una según lo establecido en el texto constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y sostendremos que, para que las normas que reconocen dichas consultas no queden vacías de contenido, la consulta popular no puede reemplazar estos mecanismos de participación.

La diferenciación entre los demás tipos de consulta y la consulta popular ya fue realizada por las juezas constitucionales Nuques y Corral, en su voto concurrente dentro del caso No. 9-19-CP. Frente al voto de mayoría que sostuvo que los diferentes tipos de consulta previstos en la CRE "coexisten entre sí",[73] las juezas Nuques y Corral justificaron la necesidad de delimitar el alcance de cada tipo de consulta en la medida de que "si bien todos los tipos de consulta devienen del derecho de participación de los ciudadanos en asuntos públicos, no pueden equipararse con la consulta popular [...]",[74] pues "[l]os elementos, efectos y el procedimiento de cada una de estas formas de participación en asuntos públicos, son diferentes".[75]

La consulta previa está reconocida en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución como un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados, de manera obligatoria, oportuna y dentro de un plazo razonable, sobre los "planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente".[76] La Corte Constitucional, sobre la base del Convenio 169 de la Organización Interna-

73 Dictamen No. 9-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2019, párr. 31.
74 Ibid., Voto concurrente de las juezas Teresa Nuques y Carmen Corral, párr. 15.
75 Ibid.
76 Artículo 57 numeral 7, Constitución de la República del Ecuador.

cional del Trabajo, ha enfatizado en el hecho de que la consulta previa no es "un mero trámite formal o informativo",[77] sino que es un verdadero mecanismo de participación que es responsabilidad del Estado implementar, con el fin de que los pueblos y comunidades indígenas puedan "influir de manera significativa en el proceso y en las decisiones tomadas en el mismo".[78]

La consulta prelegislativa también está reconocida como un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y consiste en el derecho a "ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos".[79] La Corte Constitucional ha diferenciado a la consulta prelegislativa de la consulta previa, pues ha señalado que la primera procede en todos los casos de actos normativos que no se enmarquen en las hipótesis en las que cabe la consulta previa, es decir, en aquello relacionado con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables.[80] Incluso, la Corte ha determinado que la consulta prelegislativa procede "siempre y cuando, para la emisión de dicho acto [emanado de cualquier autoridad pública con potestad normativa y que pueda afectar derechos colectivos], no exista una forma específica de consulta, tal como la consulta previa".[81]

Así como la Corte ha reconocido que la consulta previa y la consulta prelegislativa tienen alcances distintos, es preciso también distinguir a ambos mecanismos de la consulta popular. La diferencia fundamental entre ambas figuras y la consulta popular es que esta no es un derecho colectivo, exclusivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Justamente por ser un derecho colectivo, existen ciertas consecuencias derivadas de la falta de consulta previa o prelegislativa que no existen en el caso de la consulta popular. En el caso de que no se haya realizado una consulta prelegislativa, la Corte Constitucional ha señalado que aquello puede acarrear una inconstitucionalidad por la forma —por existir una omisión en el procedimiento legislativo— así como una inconstitucionalidad por el fondo, por vulnerar un derecho constitucional.[82] En cuanto a la consulta previa, la Corte ha señalado que el incumplimiento de esta obligación estatal podría acarrear responsabilidad para el Estado a nivel internacional, así como "la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas".[83] La consulta popular, además de no ser un derecho colectivo, tiene entonces un contenido distinto de estos otros tipos de consulta: (i) no implica una obligación de consultar, sino una facultad de hacerlo y una obligación de acatar el pronunciamiento popular una vez

77 Sentencia No. 20-12-IN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de julio de 2020, párr. 77.
78 Ibid.
79 Artículo 57 numeral 17, Constitución de la República del Ecuador.
80 Sentencia No. 20-12-IN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de julio de 2020, párr. 82.
81 Ibid., párr. 93.
82 Ibid., párr. 99.
83 Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de marzo de 2010, p. 55.

desarrollada la consulta;[84] y (ii) no se circunscribe a la adopción de medidas legislativas o administrativas, ni a los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables. Las diferencias entre estas figuras impiden que la consulta popular pueda superponerse a la consulta previa y prelegislativa; caso contrario, no tendría utilidad alguna el hecho de que la CRE haya reconocido a estas últimas como derechos colectivos con alcances distintos.

Por otra parte, la consulta ambiental está reconocida en el artículo 398 de la CRE, que prescribe que "[t]oda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente".[85] Esta consulta implica, entonces, un deber de información por parte del Estado hacia una comunidad potencialmente afectada por una decisión estatal en materia ambiental, así como la necesidad de valorar el criterio de la comunidad respecto de dicha decisión. A diferencia de la consulta previa y prelegislativa, la consulta ambiental no es un derecho colectivo de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y, por lo mismo, es aplicable en el caso de cualquier comunidad que pueda verse afectada por una decisión estatal en materia ambiental.[86] Por otro lado, la consulta ambiental se diferencia de la consulta popular, pues no implica un proceso de sufragio y carece de efectos vinculantes.[87] Así, de acuerdo con el propio artículo 398, en caso de que la mayoría de la comunidad se oponga a la realización del proyecto que podría causar una afectación al ambiente, la decisión deberá ser adoptada por "resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior".[88] Por lo expuesto, es claro que ambas figuras tienen efectos y alcances diferentes y que una consulta popular no podría ser utilizada para desconocer o sustituir el contenido de la consulta ambiental.

Un ejemplo de un pedido de consulta popular que, en nuestro criterio, confundió el alcance de este mecanismo de participación con la consulta ambiental, fue aquella tratada por la Corte Constitucional en el dictamen No. 9-19-CP/19. En la exposición de motivos, el proponente citó el artículo 104 de la CRE, referente a la consulta popular, e inmediatamente después citó el artículo 398, referente a la consulta ambiental.[89] Además, en los consideran-

84 Artículo 106, Constitución de la República del Ecuador.

85 Artículo 398, Constitución de la República del Ecuador.

86 Así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia No. 001-10-SIN-CC, en la que justamente diferenció a la consulta ambiental de la consulta previa, exclusiva de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de marzo de 2010, p. 112.

87 En materia minera, de acuerdo con la sentencia No. 001-10-SIN-CC, la consulta ambiental está reconocida en los artículos 88 y siguientes de la Ley de Minería y, justamente por tratarse de este tipo de consulta, no aplica a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. De acuerdo con el artículo 89 de la Ley de Minería, el objetivo de este proceso de participación es "considerar e incorporar los criterios de la comunidad en la gestión social y ambiental de un proyecto minero". Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que la Corte Constitucional se pronunciará sobre el alcance de la consulta ambiental en, al menos, dos casos que se están sustanciado de forma paralela: caso No. 2436-19-EP y caso No. 1149-19-JP.

88 Artículo 398, Constitución de la República del Ecuador.

89 Ver la demanda presentada el 30 de julio de 2019 dentro del caso No. 0009-19-CP.

dos, el proponente fundamentó la solicitud de consulta popular en que "es un derecho constitucional que el Estado garantice la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales […]".[90] Es claro que en esta solicitud se pretendió obtener un pronunciamiento vinculante (consulta popular) sobre un asunto que está cobijado específicamente por la consulta ambiental. Aquello constituye una lectura asistemática de la CRE que vacía de contenido al artículo 398 de la Constitución y que entiende que el derecho a ser consultados carece de límites.

Sin perjuicio de lo indicado, es importante señalar que las diferencias y los alcances distintos de cada uno de los mecanismos de participación que se han mencionado no significan que estos tipos de consulta previstos en la Constitución no "coexistan entre sí". Al contrario, justamente porque todos estos mecanismos de participación están previstos en la Constitución y coexisten, no pueden ser sustituidos por la consulta popular, so pena de desconocer su contenido.

3.4.2 La consulta popular no puede tener un contenido contrario a la Constitución, de manera que implique una modificación constitucional

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en que, a través de la consulta popular prevista en el artículo 104 de la CRE, no se puede modificar el contenido del texto constitucional. Sobre la base de una lectura sistemática de la Constitución, la Corte ha sido clara en cuanto a que la propia CRE establece los mecanismos idóneos para su modificación: la enmienda, la reforma parcial y la Asamblea Constituyente. Así, la Corte ha señalado que:

> **la modificación del texto constitucional solo puede realizarse por medio de los mecanismos regulados en los artículos 441, 442 y 444 de la Constitución.** La consulta popular ordinaria […] regulada por el artículo 104 de la Constitución, no es uno de los mecanismos previstos para la reforma constitucional. **A través del procedimiento de consulta popular ordinaria no es posible efectuar cambio constitucional alguno**" (énfasis añadido).[91]

En este mismo sentido, en un caso en que la solicitud de consulta popular tenía por objeto suprimir el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social así como el Tribunal Contencioso Electoral, la Corte consideró que la

90 Dictamen No. 9-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2019, párr. 7.
91 Dictamen No. 4-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de agosto de 2019, párr. 14.

propuesta implicaba un cambio del texto constitucional y señaló que "acudir al mecanismo de consulta popular, en reemplazo de las figuras constitucionales idóneas —enmienda, reforma o cambio—, constituiría un fraude a la propia Constitución", aún cuando estos mecanismos de reforma constitucional puedan incluir la realización de un referéndum aprobatorio.[92] Coincidimos plenamente con la Corte en cuanto a que se comete un fraude constitucional al utilizar la consulta popular con el fin de eludir los mecanismos previstos en la propia Constitución para la modificación de su texto, y cuya finalidad es garantizar la supremacía constitucional.[93]

Sin embargo, aunque este límite a la consulta popular ha sido claramente identificado por la Corte Constitucional, han existido discrepancias en cuanto a su aplicación, sobre todo en casos complejos como los relacionados con consultas populares sobre minería (particularmente, consultas populares cuyo objetivo ha sido prohibir actividades mineras en determinadas circunscripciones territoriales). El argumento principal para sostener la improcedencia de las consultas populares sobre minería es que el artículo 407 de la Constitución ya establece, de manera taxativa, cuáles son las áreas y zonas en las que se prohíbe realizar actividades mineras.[94] Siendo la minería una actividad lícita que se ampara en el derecho a ejercer actividades económicas, para incluir una nueva prohibición para el ejercicio de dicha actividad, se debería modificar el contenido del artículo 407 de la CRE.[95] La Corte Constitucional, en los votos de mayoría dentro de los casos No. 6-20-CP/20 y 9-19-CP/19, no analizó dicho argumento desde la óptica de la modificación constitucional y la consulta popular. En ambos dictámenes, la Corte se limitó a señalar que no existe una disposición constitucional "que prohíba clara y expresamente que la ciudadanía pueda plantear como asunto de consulta popular" temas relacionados con actividades mineras.[96] Si bien este razonamiento busca precautelar la eficacia de la consulta popular, tampoco puede ser invocado de manera absoluta, desconociendo la existencia de normas constitucionales que contienen límites implícitos a la consulta popular, pues de hacerlo, aquello implicaría brindar un tratamiento asistemático y aislado de la consulta popular, así como del contenido de la CRE, lo cual no es aceptable de acuerdo con el artículo 427 de la Constitución.

A diferencia de los votos de mayoría en ambos casos, las juezas Nuques y Corral, en sus votos salvados y concurrentes en los casos relacionados con con-

92 Dictamen No. 6-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de agosto de 2019, párr. 33.

93 En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en el dictamen No. 4-19-CP/19 (párr. 17).

94 Juan Francisco Guerrero del Pozo, "Consultas populares sobre minería: un fraude constitucional", *Miner News Cámara de Minería del Ecuador* 1 (Septiembre 2020): http://cme.org.ec/wp-content/uploads/2020/11/Consultas-Populares.pdf

95 El argumento se fundamenta, además, en que en el Ecuador ya existió un antecedente respecto de cuál es la vía para limitar la actividad minera en zonas no previstas en el artículo 407 de la Constitución. Dicho antecedente es la enmienda constitucional promovida por el Presidente de la República en febrero del año 2018.

96 Dictamen No. 9-19-CP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2019, párr. 21.

sultas populares sobre minería, sí definieron el alcance del artículo 407 de la Constitución respecto de la consulta popular y consideraron que el contenido de esta norma imponía un límite a lo que podía ser objeto de pronunciamiento de la ciudadanía a través de este mecanismo de participación.[97]

Un "caso complejo" como el de las consultas populares sobre minería, refleja los criterios dispares que existen dentro de la Corte sobre el alcance del límite que el propio contenido de la Constitución impone a la consulta popular. Lo que resulta necesario es que la Corte realice un análisis profundo de las normas constitucionales que podrían verse alteradas o modificadas de alguna forma por la consulta popular y emita un pronunciamiento contundente al respecto en sus dictámenes previos de constitucionalidad. Solo cuando exista dicho análisis pormenorizado, será aceptable un argumento que sostenga que "no existe prohibición constitucional" para realizar consultas populares sobre determinada materia.

4. El rol de la Corte Constitucional en materia de consultas populares: la importancia de los dictámenes previos de constitucionalidad

A lo largo de este trabajo hemos sido enfáticos en la importancia de los dictámenes previos de constitucionalidad de las solicitudes de consulta popular, a través de los cuales la Corte Constitucional controla que se respeten los límites de este mecanismo de participación ciudadana. Por esa razón, el artículo 104 de la CRE exige que en todos los casos las consultas populares deban contar con el dictamen previo de constitucionalidad de la Corte Constitucional. A pesar de la claridad del texto constitucional, la facultad de la Corte para controlar la constitucionalidad de las consultas populares ha sido limitada por el inciso final del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC). A continuación, analizaremos brevemente este artículo y recomendaremos la declaratoria de inconstitucionalidad de la referida norma, con el fin de que, en todos los casos, la Corte pueda controlar los límites materiales de la consulta popular que han sido identificados en este trabajo, así como los límites formales relacionados con la libertad del elector.[98]

97 Ver voto salvado de las juezas Nuques y Corral dentro del caso No. 6-20-CP/20, así como los votos concurrentes, entre otros, dentro de los casos No. 9-19-CP/19 y 1-20-CP/20.

98 La Corte Constitucional ha señalado que, a través de los dictámenes previos de constitucionalidad, realiza un control formal y un control material de las consultas populares, sobre la base de los parámetros contenidos en los artículos 104 y 105 de la LOGJCC. La Corte ha sostenido que "[a]mbos tipos de control persiguen […]: el examen *formal,* la finalidad de garantizar la libertad del elector; y el examen *material,* la constitucionalidad de "las disposiciones jurídicas" o de las "medidas a adoptar", según corresponda a un referéndum o a un plebiscito". Dictamen No. 5-20-CP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 26 de agosto de 2020, párr. 12.

El inciso final del artículo 105 de la LOGJCC, incluido en la LOGJCC con motivo del control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales, es aplicable por remisión expresa de la ley[99] a las consultas populares y prescribe lo siguiente:

> **Si la Corte Constitucional no resolviere** sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, **dentro del término de veinte días siguientes** a haber iniciado el respectivo control previo, **se entenderá que ha emitido dictamen favorable.** Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan (énfasis añadido).[100]

De acuerdo con esta norma, entonces, si la Corte Constitucional no se pronuncia respecto de la constitucionalidad de la solicitud de consulta popular dentro de cierto tiempo, existirá un dictamen "ficto" de constitucionalidad que será favorable a la consulta. Este límite temporal para el ejercicio de la competencia de control de constitucionalidad de las consultas populares ha sido entedido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional[101] y por cierta doctrina[102] como un mecanismo para evitar que los derechos de participación de los ciudadanos —en particular el derecho a ser consultados— sean coartados por la inactividad de la Corte Constitucional. Sin embargo, en nuestro criterio, no se puede sostener que los derechos de participación se garantizan cuando se pone a consideración de la ciudadanía un texto que es materialmente inconstitucional o que no permite que el elector tome una decisión libre e informada.

Al contrario, consideramos que el dictamen "ficto" introducido por el artículo 105 de la LOGJCC constituye un mecanismo para evitar el control de constitucionalidad y parte de la premisa —errónea— de que un texto que es inconstitucional podría adecuarse a la Constitución por el mero paso del tiempo. Además de contrariar el contenido del artículo 104 de la CRE —que no admite excepciones respecto del control previo de constitucionalidad de las consultas populares— la vigencia del artículo 105 de la LOGJCC implica que, transcurrido el término previsto en dicha norma, se podrían considerar constitucionales eventuales decisiones que anulen o restrinjan injustificadamente los derechos de las personas, que desconozcan el régimen de competencias, que vacíen de contenido a los demás mecanismos de participación previstos en la CRE o, incluso, que modifiquen el contenido de la Constitución. En otras palabras, la vigencia de esta norma legal puede acarrear que las normas constitucionales que prevén los límites a la consulta popular que han

99 Artículo 127, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

100 Id., Artículo 105.

101 Ver Caso No. 0001-17-CP, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de marzo de 2019, párr. 14.

102 Ver Sebastián López Hidalgo, "El control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares en la Corte Constitucional ecuatoriana", *Ius Constitutionale. Revista de Derecho Constitucional* No. 1 (enero-abril 2021): 190-191.

sido identificados en este trabajo queden vacías de contenido, lo cual, evidentemente, vulnera la supremacía constitucional.

Por todo lo expuesto, consideramos que es necesario que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 105 de la LOGJCC y que, en todos los casos, realice un estricto control de constitucionalidad de las consultas populares, con el fin de que se respeten los límites intrínsecos de esta figura, que se desprenden de una lectura sistemática de la CRE.

5. Conclusiones

Es indudable la importancia que la Constitución de 2008 le otorga a la participación ciudadana. Uno de los mecanismos más poderosos para que la ciudadanía pueda ejercer su derecho a participar en asuntos de interés público es la consulta popular, reconocida en el artículo 104 de la CRE. Esta figura tiene un amplio alcance en la Constitución ecuatoriana, sin que sus límites se desprendan claramente de una lectura del artículo 104. Por esa razón, en esta investigación se han identificado ciertos límites materiales —explícitos e implícitos— de la consulta popular, que son el resultado de una interpretación sistemática de la Constitución.

Así, se ha determinado que un primer límite intrínseco a la consulta popular es el contenido esencial de los derechos fundamentales y que, en tal sentido, es posible regular el ejercicio de los derechos constitucionales a través de este mecanismo de participación, siempre que aquello no anule o desnaturalice el derecho en cuestión.

Un segundo límite intrínseco a la consulta popular es el régimen de competencias previsto en la CRE que, de no ser respetado, puede: (i) excluir injustificadamente del proceso democrático a quienes tienen derecho a pronunciarse sobre el tema consultado; (ii) incluir en el proceso democrático a quienes no deben pronunciarse sobre un determinado asunto; y, evidentemente, (iii) vaciar de contenido a las competencias exclusivas previstas expresamente en la CRE a favor de cada nivel de gobierno.

El tercer límite a la consulta popular son los demás procedimientos previstos en la Constitución, lo cual incluye a los otros tipos de consulta establecidos en la CRE y al propio contenido de la Constitución, que no podrá ser modificado sino por una enmienda, reforma parcial o Asamblea Constituyente. Constituiría un fraude constitucional que la consulta popular prevista en el artículo 104 de la Constitución pueda reemplazar y desconocer el contenido de estos otros procedimientos previstos en la propia CRE, que tienen alcances y objetivos distintos a la consulta popular.

Finalmente, es importante recalcar que el respeto de estos límites debe ser, en todos los casos, objeto de un riguroso control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, desechando la posibilidad de un dictamen ficto que resulta muy peligroso. A pesar de que existen todavía criterios dispares dentro de la Corte —sobre todo en los casos de mayor polémica— es importante que la Magistratura siempre realice un análisis pormenorizado y claro sobre los límites de la consulta popular que han sido identificados en este trabajo. Solo a través del estricto control de constitucionalidad previo por parte de la Corte Constitucional, se podrá evitar la distorsión y mala utilización de este importante mecanismo de participación previsto en nuestra Constitución.

Volumen VIII, Núm. 2
Octubre 2021
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



USFQ LAW REVIEW

